الأستاذ الدكتور

وهبة الزحيلي

سبل الاستفادة

مِنَ النَّوازِلِ وَالفَتاوى وَالعَمَلِ الفِقْهِيّ

في التطبيقات المعاصِرة

سبل الاستفادة
من النوازل والفتاوى والعمل الفقهي
في التطبيقات المعاصرة

الأستاذ الدكتور
وهبة الزحيلي

دار المكتبي

الطبعة الأولى
1421هـ ـ 2001م

جميع الحقوق محفوظة

يمنع طبع أو إخراج هذا الكتاب أو أي جزء منه بأي شكل من أشكال الطباعة أوالنسخ أو التصوير أو الترجمة أو التسجيل المرئي والمسموع أو الاختزان بالحاسبات الالكترونية وغيرها من الحقوق إلا بإذن مكتوب من دار المكتبي بدمشق

دار المكتبي
للطباعة والنشر والتوزيع

سورية ـ دمشق ـ حلبوني ـ جادة ابن سينا
ص. ب. ٣١٤٢٦ هاتف ٢٢٤٨٤٣٣ فاكس ٢٢٤٨٤٣٢

بسم الله الرحمن الرحيم

بِسْمِ ٱللَّهِ ٱلرَّحْمَٰنِ ٱلرَّحِيمِ

تقديم

الحمد لله وحده ، والصلاة على من لا نبي بعده ، وعلى آله وصحبه البررة ، وبعد :

فإن حركة التجديد والاجتهاد في الفقه الإسلامي لم تتوقف ولله الحمد في أي عصر من العصور ، منذ بداية عهد الصحابة بعد انتهاء فترة النبوة ، وإلى يومنا الحاضر ، وإن تفاوت حصادها كثرة وقلة ، صعوداً وهبوطاً ، ونماء وركوداً أحياناً ، وظل العطاء الفقهي مستمراً في كل زمان ، على الرغم مما تعرض له من صعوبات ، وإعراض بعض السلطات الزمنية عن الأخذ به ، أو شيوع اصطلاق إغلاق باب الاجتهاد ، لحماية الثروة الفقهية الموروثة من العبث والضياع ، وسد الباب أمام أدعياء الاجتهاد الذين لم تتوافر فيهم أهلية الاجتهاد الكافية ، أو كانت لهم نوايا مشبوهة في محاولة الانقضاض على صرح الفقه وتقويضه من الداخل ، فكان الإغلاق مؤقتاً من قبيل ما يسمى بالسياسة الشرعية ، لأنه لا يعقل تعطيل الاجتهاد ، والمجتهدون وغيرهم يعلمون بأن الاجتهاد فرض من فروض الكفايات على أهل كل عصر ، وواجب أن يقوم به فئة معينة في كل زمن .

وكان من أبرز مزايا الفقه الإسلامي التي مكّنته من الاستمرار والفاعلية : توافر مقومات الثبات لأصوله وأسسه ، ووجود ظاهرة المرونة والسماحة واليسر فيه ، ومواكبة المتغيرات والتطورات فيما لا يمس كيان الثوابت ، ويتجاوب مع ظروف العصر .

وأثبت الفقهاء والمفتون قدرتهم البارعة في الجمع بين الثابت والمتغير فيما أصدروه من فتاوى جديدة عامة في الأقطار الإسلامية ، أو مقصورة على بعض البيئات والأوضاع المحلية ، ومراعاة المصالح المتجددة ، والأعراف الزمنية ، وظروف الوقائع والنوازل الطارئة أو المستجدة .

ونجم عن الحشد الهائل من هذه الفتاوى في مختلف المذاهب ، ولا سيما مذهبا الحنفية والمالكية ، وجود ثروة كبرى في ميدان الفقه ، يمكن الاستفادة منها إما بذاتها ، أو بمعرفة كيفية استنباطها أو إصدارها ، في مجال التطبيقات المعاصرة لمسائل الفقه والاجتهاد ، فنشأ علم الفتاوى أو النوازل .

وقد برع فقهاء المالكية في الأندلس لدى « جماعة الفقهاء » الذين كان الخلفاء يرجعون إليهم في كل شيء ، وفي المغرب العربي ، في إغناء الفتيا ، وتعدد أنماطها بحسب الحواضر التي اشتهرت بفقهائها ، ومراعاة الأعراف المحلية والعوائد الزمنية التي لها مسوغ شرعي ، فوجد ما سماه المالكية (العمل) أو(العمليات) فكان العمل الفاسي وعمل تونس وعمل القيروان ، ويقصد به ما اختار الفقهاء تطبيقه من الأحكام في عصر معين أو بلد محدد ، ولو لم يتفق مع الراجح في المذهب أو المقولات الفقهية السابقة أو المشهورة .

وظهر لدى غير المالكية ما يشبه « العمل » ضمن أسماء أخرى

كالسياسة الشرعية أو الأحكام السلطانية أو الحسبة لدى الشافعية والحنابلة في العصر العباسي وتوابعه ، ولدى الحنفية في ظل السلطة العثمانية ، في مجال الأحكام القضائية أو فتاوى شيوخ الإسلام ، ومنها معروضات المفتي أبي السعود الحنفي العمادي ، وفتاوى ابن عابدين ، وضوابطه في رسائله ومصنفاته ، وغيره من المفتين ، ومثل تنقيح الفتاوى الحامدية والفتاوى الخيرية ، والمهدية ، والفتاوى الهندية . ومثلها عند الشافعية الفتاوى الكبرى لابن حجر الهيتمي ، ومجموع الفتاوى الكبرى لابن تيمية ، وأعلام الموقعين لابن قيم الجوزية ، وكتب القواعد الفقهية كالأشباه والنظائر لابن نجيم الحنفي ، أو للسيوطي ، وقواعد الأحكام في مصالح الأنام لشيخ الإسلام عز الدين بن عبد السلام ، والقواعد لابن رجب الحنبلي ، وغير ذلك .

إن هذه الفتاوى في النوازل الطارئة تمنحنا الجرأة في تغطية أحكام المستجدات المشابهة ، وتفيدنا أيضاً فيما لا يشبهها ، لأنها تعلِّمنا كيفية علاج المشكلات والتطبيقات المعاصرة(١) .

* * *

---

(١) قدِّم للدورة الحادية عشرة لمجمع الفقه الإسلامي المنعقدة في البحرين في ٢٥/رجب/١٤١٩ ـ ١٤/١١/١٩٩٨ .

المراد بالنوازل والواقعات أو العمليات

الفارق المتميز بين مدرسة أهل الرأي بالكوفة أو العراق بزعامة الإمام أبي حنيفة النعمان رحمه الله ، وبين مدرسة أهل الحديث في المدينة أو الحجاز بزعامة الإمام مالك : هو أن فقه المدرسة الأولى يُعنى ببحث الاحتمالات أو الافتراضات النظرية التي شعَّبت الفقه وضخمته وعقّدته ، وأعيت المقلدّين والأتباع ، بحفظ أجوبة المسائل والحوادث التي تتجاوز عشرات الآلاف ، وأما فقه أهل الحديث فيقتصر على بحث الحالات الواقعة والمسائل المستجدة .

والنوازل أو الواقعات أو العمليات : هي المسائل أو المستجدات الطارئة على المجتمع ، بسبب توسع الأعمال ، وتعقّد المعاملات ، والتي لا يوجد نص تشريعي مباشر أو اجتهاد فقهي سابق ينطبق عليها . وصورها متعددة ، ومتجددة ومختلفة بين البلدان أو الأقاليم لاختلاف العادات والأعراف المحلية .

فقد تنشأ مسالة أو نازلة ثم تندثر ، وقد تثار قضية في بلد أو إقليم لا تحدث في بلاد أو أقاليم أخرى ، وقد تكون المسألة عامة ، كالأعراف العامة غير المقصورة على بلد ، وإنما تعم البلاد الإسلامية كلها أو أكثرها .

قال الخليفة الراشدي عمر بن عبد العزيز : « تحدث للناس أقضية بقدر ما أحدثوا من الفجور » .

الفرق بين الإفتاء والقضاء

القضاء : إصدار الحكم في الخصومة أو المنازعة من القاضي أو الحاكم لفصل النزاع ، ويكون ملزماً للمتخاصمين . وينفّذ الحكم القضائي بقوة الحكومة (السلطة التنفيذية) لإحقاق الحق وإبطال الباطل ، وتحقيق الاستقرار ، ومنع استمرار النزاع أو الخصام .

أما **الإفتاء** : فهو إخبار المفتي بحكم الله تعالى بما يجده في الأدلة من حكم الله تبارك وتعالى إما صراحة من النصوص الشرعية ، وإما استنباطاً من قبل المجتهد .

والقضاء يحكم دائماً على ظواهر الأشياء ، فيقال : هذا شيء يجوز قضاء لا ديانة ، والمفتي يُعنى بأمور الديانة ، والحاكم يعتمد على طرق الإثبات ، قال القرافي : الحاكم يتبع الحجاج ، وهي جمع حجة ، والحجة : الدليل والبرهان ، والحجاج : البينة والإقرار ونحوهما من القرائن ، والقضاء بشاهد ويمين المدعي ، والنكول (الامتناع عن اليمين) . وعدد القرافي الحجاج في كتابه الفروق(١) فبلغت نحو العشر .

والمفتي يتبع الأدلة ، ولا يعتمد على الحجاج . والأدلة : الكتاب

---

(١) ١/١٢٩ .

والسنة ونحوهما من الإجماع والقياس والاستحسان والاستصلاح وغيرها من الأدلة المختلف فيها(١) وعدّد القرافي الأدلة في كتابه الفروق(٢) فبلغت نحو العشرين دليلاً . وأوصلها الشيخ جمال الدين القاسمي إلى نيف وأربعين دليلاً .

والأدلة يجب فيها اتباع الراجح وترك المرجوح . وليس للمفتي أن ينشىء حكماً بالهوى واتباع الشهوات ، بل لا بد من أن يكون ذلك القول الذي حكم به ، قال به إمام معتبر ، لدليل معتبر(٣) .

وإذا كان المفتي مجتهداً ، وجب عليه اتباع الأدلة بعد استقرائها ، ويخبر الناس بما ظهر له منها من غير زيادة ولا نقص . وأما إن كان مقلداً لمجتهد ، كما في زماننا ، فهو نائب عن المجتهد في نقل ما لخّص إمامه لمن يستفتيه ، فهو بمثابة وكيل أو مترجم عن المجتهد(٤) . وحكم الحاكم ليس خبراً يحتمل التصديق والتكذيب ، بل إنشاء لا يحتملهما ، فإنه إلزام أو إذن ، ومن أنشأ إلزاماً على غيره أو على نفسه ، أو أذن لغيره في فعل ، لا يقال له : صدقت ولا كذبت(٥) .

* * *

---

(١) الإحكام في تمييز الفتاوي عن الأحكام وتصرفات القاضي والإمام للقرافي ، ط حلب : ص٣٠ وما بعدها .

(٢) ١/١٢٨ .

(٣) الإحكام للقرافي ، المرجع والمكان السابق .

(٤) المرجع السابق : ص٢٩ ، ٨٤ .

(٥) المرجع نفسه : ص٤٨ .

الفرق بين الاجتهاد والإفتاء

الأصل في المفتي : أن يكون هو المجتهد أو الفقيه(١) ، ثم صار لفظ المفتي في عصرنا يطلق على متفقهة المذاهب ، الذين يقتصر جهدهم على تطبيق نصوص الفقه المذهبي على الوقائع ، وذلك الإطلاق من قبيل المجاز ، أو الحقيقة العرفية بحسب اصطلاحات الحكومة المعاصرة . والفارق بين الاجتهاد والإفتاء : هو أن الإفتاء أخص من الاجتهاد ، فإن الاجتهاد هو استنباط الأحكام ، سواء أكان هناك سؤال في موضوعها أم لم يكن .

أما الإفتاء فإنه لا يكون إلا إذا كانت واقعة وقعت ، ويتعرف الفقيه حكمها .

والفتوى الصحيحة تتطلب عدا توافر شروط الاجتهاد في المجتهد شروطاً أخرى ، وهي معرفة واقعة الاستفتاء ، ودراسة نفسية المستفتي ، والجماعة التي يعيش فيها ، وظروف البيئة أو البلد التي حدثت فيها النازلة أو الواقعة أو العمل ، ليعرف مدى أثر الفتوى سلباً وإيجاباً(٢) .

ولا بد من أن يتصف المفتي بصفات أو ضوابط لها صلة بالممارسة

---

(١) الإحكام للآمدي ٣/ ١٦٧ ، إرشاد الفحول للشوكاني : ص٢٣٤ .

(٢) أصول الفقه للأستاذ الشيخ محمد أبو زهرة : ص٣٨٧ .

العملية وقبول الناس لفتواه : وهي العقل والبلوغ والحرية بالاتفاق ، والحياة ، والأعلمية ، والعدالة ، على اختلاف فيها .

والعدالة شرعاً : يراد بها أهلية قبول الشهادة والرواية عن النبي ﷺ وآله وسلم ، وعرفها الغزالي بقوله : العدالة : عبارة عن استقامة السيرة والدين ، وحاصلها يرجع إلى هيئة راسخة في النفس ، تحمل صاحبها على ملازمة التقوى والمروءة جميعاً ، حتى تحصل ثقة النفوس بصدقه ، وذلك إنما يتحقق باجتناب الكبائر ، وبعض الصغائر ، وبعض المباحات المشبوهة(١) .

فلا يُستفتى مجهول العدالة حتى تعلم عدالته بقول عدل أو عدلين أو بالاستفاضة والشهرة ، لأن العدل يكون غالباً موفقاً إلى اختيار الصواب ، وليطمئن الناس إلى كلامه ، بخلاف الفاسق فإنه مذموم ، ويحيط الشك كثيراً بأقواله .

قال ابن فرحون في تبصرة الحكام(٢) : إن المكلفين قسمان : مجتهد وغير مجتهد ، وغير المجتهد : أوجب الشرع عليه الرجوع إلى قول المجتهدين العدول ، فنزّل الشرع ظن المجتهد في حقه كظنه ، لو كان مجتهداً لضرورة العمل ، وهذا أمر مجمع عليه .

* * *

---

(١) المستصفى ١/ ١٠٠ .

(٢) ١/ ٥٩ .

آراء العلماء في ضرورة مراعاة البيئة والمصالح ونحوها

اتفقت كلمة العلماء على ضرورة مراعاة أحوال الواقعة النازلة ، من عرف البلد والزمان ، وما يحقق مصالح الناس في معاملاتهم وتصرفاتهم ، وذلك ينسجم مع مهمة المفتي وسلامة الفتوى ، فإن لم يراع المفتي ظروف الواقعة أو المسألة المستجدة ، أعرض الناس عن فتواه ، ووقعوا في الحرام أو المنكر عمداً أو خطأ .

وهذه طائفة من أقوال أئمة الفقه والعلم :

- قال الإمام القرافي رحمه الله في الفرق الثامن والعشرين بين قاعدة العرف القولي يُقضى به على الألفاظ ويخصصها ، وبين قاعدة العرف الفعلي ، لا يُقضى به على الألفاظ ولا يخصصها(١) .

« على هذا القانون (وهو اتباع الأعراف المحلية) تراعى الفتاوى على طول الأيام ، فمهما تجدد في العرف اعتبره ، ومهما سقط أسقطه ، ولا تجمد على المسطور في الكتب طول عمرك ، بل إذا

---

(١) الفرق بينهما كما ذكر صاحب تهذيب الفروق ١/ ١٨٩ : أنه في العرف القولي يصير الأصل مهجوراً ، وكان العرف ناسخاً للغة ، والناسخ يقدم على المنسوخ ، أما في العرف الفعلي فيظل اللفظ اللغوي مستعملاً في مسماه اللغوي ، فلا يكون العرف الفعلي ناسخاً للغة حتى يقدم ، من حيث كونه ناسخاً ، على المنسوخ .

جاءك رجل من غير أهل إقليمك يستفتيك ، لا تُجره على عرف بلدك ، واسأله عن عرف بلده وأجره عليه ، وأفته به دون عرف بلدك والمقرر في كتبك ، فهذا هو الحق الواضح . والجمود على المنقولات أبداً ضلال في الدين ، وجهل بمقاصد علماء المسلمين والسلف الماضين .

وعلى هذه القاعدة : تتخرج أيمان الطلاق والعتاق ، وصيغ الصرائح والكنايات ، فقد يصير الصريح كناية يفتقر إلى النية ، وقد تصير الكناية صريحاً ، مستغنية عن النية(١) .

وقال ابن القيم رحمه الله في فصل تغير الفتوى واختلافها بحسب تغير الأزمنة والأمكنة والأحوال والنيات والعوائد .

هذا فصل عظيم النفع جداً ، وقع بسبب الجهل به غلط عظيم على الشريعة ، أوجب من الحرج والمشقة وتكليف مالا سبيل إليه ما يعلم أن الشريعة الباهرة التي في أعلى رتب المصالح لا تأتي به ، فإن الشريعة مبناها وأساسها على الحِكَم ومصالح العباد في المعاش والمعاد .

وهي عدل كلها ، ورحمة كلها ، ومصالح كلها ، وحكمة كلها ، فكل مسألة خرجت عن العدل إلى الجور ، وعن الرحمة إلى ضدها ، وعن المصلحة إلى المفسدة ، وعن الحكمة إلى العبث ، فليست من الشريعة ، وإن أدخلت فيها بالتأويل .

فالشريعة عدل الله بين عباده ، ورحمته بين خلقه ، وظله في أرضه ، وحكمته الدالة عليه وعلى صدق رسوله ﷺ وآله وسلم أتم دلالة وأصدقها ، وهي نوره الذي به أبصر المبصرون ، وهداه الذي به اهتدى المهتدون . وشفاؤه التام الذي به دواء كل عليل ، وطريقه

---

(١) الفروق ١/ ١٧٧ ، وانظر تهذيب الفروق بهامشه : ١/ ١٨٧ وما بعدها .

المستقيم الذي من استقام عليه ، فقد استقام على سواء السبيل.. إلخ(١) .

وقال علاَّمة الشام ابن عابدين رحمه الله في رسائله : نشر العَرف في بناء بعض الأحكام على العُرف .

فهذا كله وأمثاله دلائل واضحة على أن المفتي ليس له الجمود على المنقول في كتب ظاهر الرواية ، من غير مراعاة الزمان وأهله ، وإلاّ يضيِّع حقوقاً كثيرة ، ويكون ضرره أكثر من نفعه(٢) .

وبما قررناه اتضح لك معنى ما قاله في القنية وأشرنا له في البيت السابق(٣) من أنه ليس للمفتي ولا للقاضي أن يحكما بظاهر الرواية ، ويتركا العرف ، والله أعلم(٤) .

ولهذا قالوا في شروط الاجتهاد : إنه لا بد فيه من معرفة عادات الناس ، فكثير من الأحكام تختلف باختلاف الزمان ، لتغير عرف أهله ، أو لحدوث ضرورة ، أو فساد أهل الزمان ، بحيث لو بقي الحكم على ما كان عليه أولاً ، للزم منه المشقة والضرر بالناس ، ولخالف قواعد الشريعة المبنية على التخفيف والتيسير ، ودفع الضرر والفساد ، لبقاء العالم على أتم نظام ، وأحسن أحكام ، ولهذا ترى مشايخ المذهب خالفوا ما نص عليه المجتهد في مواضع كثيرة ، بناها

---

(١) أعلام الموقعين ٣/ ١٤ ـ ١٥ط محي الدين عبد الحميد .

(٢) رسائل ابن عابدين ٢/ ١٣١ .

(٣) وهو قولهم :

والعرف في الشرع له اعتبار … لذا عليه الحكم قد يدار

(٤) رسائل ابن عابدين٢/ ١٣٣ .

على ما كان في زمنه ، لعلمهم بأنه لو كان في زمنهم ، لقال بما قالوا به ، أخذاً من قواعد مذهبه .(١) .

وقال شيخ الإسلام عز الدين بن عبد السلام : « أمر الله عباده بتحصيل مصالح إجابته وطاعته ، ودرء مفاسد معصيته ومخافته إحساناً إليهم وإنعاماً عليهم »(٢) .

هذه الأقوال وأمثالها تقرر أصالة المبدأ الذي نريد إثباته وهو ضرورة مراعاة ظروف الواقعة ، وأعراف الناس ، وتطورات الزمان ، وترك الجمود على العبارات الفقهية المنقولة التي راعت ظروفاً معينة في عصر أصحابها ، مما يدل على تجديد حيوية الفقه الإسلامي ومرونته ، وإمكان تغطيته أحوال الناس ، وتحقيق تطبيقات العصر ، ومواكبة التقدم والتطور ، ومراعاة المصالح المتحددة ، والأعراف السائدة في كل زمان ومكان ، سواء أكان العرف عاماً أم خاصاً .

* * *

---

(١) المرجع السابق : ص١٢٥ .

(٢) قواعد الأحكام : ص٢ .

الثوابت والمتغيرات في الفقه أو الشريعة

الأحكام الشرعية قسمان كبيران : ثوابت ومتغيرات .

أما الثوابت أو الأحكام الأساسية : فهي المنصوص عليها صراحة في النصوص الشرعية من القرآن والسنة النبوية ، القطعية (اليقينية التي لا تحتمل أي معنى آخر سوى المعنى المتبادر منها) أو الظنية التي تقرر مبدأ عاماً أو حكماً غير معلل بعلة المصلحة ، أو إقرار عرف معين أو مؤقت لفترة زمنية محددة .

والمراد بالحكم الظني : هو الحكم الذي يتبادر إلى الذهن ، ويحتمل معنى آخر احتمالاً ضعيفاً أو نادراً يجعل دلالة الحكم ظنية (أغلبية) غير قطعية .

وهذه الثوابت لا تتبدل ولا تتغير ، لأنها ذات صفة دائمة أو ذات حاكمية مطلقة على الأحداث والوقائع ، لكون المصلحة فيها ثابتة وغير قابلة للتبدل ، وليس للأعراف المتغيرة تأثير عليها ، مثل فرضية العبادات ، من صلاة وصيام وحج وزكاة ، وتقرير أصول الإيمان بالله وملائكته وكتبه ورسله واليوم الآخر ، وبالقدر خيره وشره ، وأصول الإسلام أو أركانه الخمسة : وهي شهادة أن لا إله إلا الله ، وأن محمداً رسول الله ، وإقام الصلاة ، وإيتاء الزكاة ، وصوم رمضان ، وحج البيت من استطاع إليه سبيلاً ، وحرمة المحارم في آية :

﴿ حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ ﴾[النساء : ٢٣] .

والتراضي في العقود في آية :

﴿ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٍ مِّنكُمْ ﴾ [النساء : ٢٩] .

ومبدأ إلزامية العقود والوفاء بها في آية :

﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ أَوْفُواْ بِٱلْعُقُودِ ﴾ [المائدة : ١] .

وضمان الضرر الواقع بالآخرين في حديث :

« لا ضرر ولا ضرار »(١) .

وتحريم أكل أموال الناس بالباطل ، وحماية الحقوق الخاصة أو العامة في آية :

﴿ وَلَا تَأْكُلُوٓاْ أَمْوَٰلَكُم بَيْنَكُم بِٱلْبَٰطِلِ ﴾ [البقرة : ١٨٨] .

وتحريم القتل والسرقة والزنا وتطفيف الكيل والميزان في آيات سورة الإسراء : ﴿ وَلَا تَقْتُلُوٓاْ أَوْلَٰدَكُمْ خَشْيَةَ إِمْلَٰقٍ نَّحْنُ نَرْزُقُهُمْ وَإِيَّاكُمْ إِنَّ قَتْلَهُمْ كَانَ خِطْـًٔا كَبِيرًا ﴿٣١﴾ وَلَا تَقْرَبُواْ ٱلزِّنَىٰٓ إِنَّهُۥ كَانَ فَٰحِشَةً وَسَآءَ سَبِيلًا ﴿٣٢﴾ وَلَا تَقْتُلُواْ ٱلنَّفْسَ ٱلَّتِي حَرَّمَ ٱللَّهُ إِلَّا بِٱلْحَقِّ وَمَن قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لِوَلِيِّهِۦ سُلْطَٰنًا فَلَا يُسْرِف فِّي ٱلْقَتْلِ إِنَّهُۥ كَانَ مَنصُورًا ﴿٣٣﴾ وَلَا تَقْرَبُواْ مَالَ ٱلْيَتِيمِ إِلَّا بِٱلَّتِي هِيَ أَحْسَنُ حَتَّىٰ يَبْلُغَ أَشُدَّهُۥ وَأَوْفُواْ بِٱلْعَهْدِ إِنَّ ٱلْعَهْدَ كَانَ مَسْـُٔولًا ﴿٣٤﴾ وَأَوْفُواْ ٱلْكَيْلَ إِذَا كِلْتُمْ وَزِنُواْ بِٱلْقِسْطَاسِ ٱلْمُسْتَقِيمِ ذَٰلِكَ خَيْرٌ وَأَحْسَنُ تَأْوِيلًا ﴾ [الإسراء : ٣١-٣٥] وغيرها .

وجعل الإقرار حجة قاصرة على المقر ، والمسؤولية الفردية أو الشخصية في آية :

﴿ وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَىٰ ﴾ [الأنعام : ١٦٤] .

وكون الأصل براءة الذمة من التكاليف ، وبراءة المتهم حتى تثبت إدانته ، وجعل الأصل في الأشياء والأفعال والأقوال الإباحة في آية :

---

(١) رواه ابن ماجه والدار قطني مسنداً (متصلاً) ورواه مالك مرسلاً (غير متصل) عن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه .

﴿ هُوَ ٱلَّذِى خَلَقَ لَكُم مَّا فِى ٱلْأَرْضِ جَمِيعًا﴾ [البقرة : ٢٩] .

وسد ذرائع الشر والفساد في آية :

﴿ وَلَا تَسُبُّوا۟ ٱلَّذِينَ يَدْعُونَ مِن دُونِ ٱللَّهِ فَيَسُبُّوا۟ ٱللَّهَ عَدْوًۢا بِغَيْرِ عِلْمٍ ۗ﴾

[الأنعام : ١٠٨] .

ونحو ذلك مما جاءت الشريعة الإلهية لإقراره ، وإصلاح شؤون الفرد والجماعة .

أما **النصوص القابلة للتغير** فهي ثلاثة :

١ـ النص المعلل بعلة ثم تتغير العلة : كامتناع النبي ﷺ وآله وسلم عن التسعير بقوله : « إن الله هو القابض الباسط الرازق المسعّر »(١) لأن مسوغ التسعير لم يوجد ، وهو مغالاة التجار بالأسعار ، ثم تغير العرف ، فأفتى فقهاء المدينة السبعة والإمام مالك ، ومتأخرو الزيدية فيما عدا قوت الآدمي والبهيمة ، بجواز التسعير ، لأن غلاء الأسعار في عهد التابعين وأئمة المذاهب صار بسبب من التجار أنفسهم ، لطمعهم وجشعهم ، أما في عهد النبوة : فكان الغلاء بسبب قلة العرض للسلعة ، وزيادة الطلب ، وتبدل الأمر بعدئذ ، فجاز التسعير بالعرف الجديد .

٢ـ النص العرفي المراعى فيه حال المبادلة القائم ، بالكيل في الأموال الربوية : « المكيال مكيال أهل المدينة ، والوزن وزن أهل مكة »(٢) ثم تغير ، فأصبح أسلوب التبادل بالوزن ، لذا أفتى الإمام أبو يوسف رحمه الله بأن مقياس تبادل الأموال الربوية لتحقيق المساواة فيها

---

(١) رواه الخمسة (أحمد واصحاب السنن) إلا النسائي ، وصححه الترمذي من حديث أنس بن مالك رضي الله عنه .

(٢) رواه أبو دواد والنسائي عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما .

وعدمها : هو المقياس العرفي وأنه يتبدل بتبدل العرف ، أي ما آل إليه الأمر ، وهو الصواب ، وهو أيضاً رأي المالكية .

٣ـ الأحكام التي روعي فيها تنظيم بيت المال : مثل عدم إعطاء الزكاة لبني هاشم وبني المطلب ، وأن الزكاة لا تحل لهم ، كما لا تحل للنبي ﷺ ، وهذا كان سائغاً في العهد النبوي ، حيث كان لهم سهم من الفيء والغنائم ، فلما فسد نظام بيت المال ، وحجب عنهم هذا السهم ، أفتى فقهاء الحنفية والمالكية بعطائهم من الزكاة ، حفاظاً عليهم ، وإبقاء على كرامتهم .

وقد تتبدل وسائل حماية الحقوق ، كالأخذ في نظام المحاكم الحالية بأسلوب القضاء الجماعي ، وتعدد درجات المحاكم ، ما دام الهدف أو المبدأ الشرعي واحداً : وهو إحقاق الحق ، ومحاربة الباطل ، ورعاية المصالح ، ودرء المفاسد .

وأما **المتغيرات من المسائل أو القابلة للتغير :** فهي الأحكام الاجتهادية المبنية على قاعدة أو مصدر القياس أو رعاية المصلحة ، وهذه الأحكام وحدها هي التي يمكن تبدلها ، وهي المقصودة بالقاعدة الشرعية المعروفة : « لا ينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان » (المجلة : م٣٩) .

قال ابن عابدين : نظراً لتغير الأعراف بتغير الأزمان ، فإن الأحكام المبنية على العرف تتغير أيضاً(١) .

وعوامل التغير إما فساد (فساد الأخلاق أو القياس أو المصلحة) أو تطور (تطور أساليب الحياة)(٢) ويتضح ذلك بالأمثلة الآتية :

---

(١) رسائل ابن عابدين ٢/ ١٢٥ .

(٢) المدخل الفقهي العام للأستاذ مصطفى الزرقاء : ف٥٤١ ـ ٥٥٥ ، ص٩١٦وما بعدها .

أمثلة فساد الأحوال :

١ـ أفتى المتأخرون من العلماء بجواز أخذ الأجرة على تعليم القرآن الكريم ، وعلى وظائف الإمامة والخطابة والأذان وسائر الطاعات من صلاة وصيام وحج ، وهو حكم خولف فيه ماكان مقرراً سابقاً بينّ العلماء ، ومنهم أئمة الحنفية وغيرهم ، نظراً لتغير الزمان ، وانقطاع عطاءات المعلمين والقائمين بالشعائر الدينية من بيت المال ، فلو اشتغل هؤلاء بالاكتساب من زراعة أو تجارة أو صناعة ، لزم ضياع القرآن ، وإهمال تلك الشعائر(١) .

قال ابن رشد كما نقل صاحب في المعيار المعرب : مذهب مالك وجُل العلماء جواز الإجارة **على** تعليم القرآن ، ومن لم يجزها ، بشرط كانت أو غيره ، محجوج بمذهب الجمهور ، ودليلهم حديث « خيركم من تعلَّم القرآن وعلَّمه »(٢) مع أن الأصل كما قال في الذخيرة : ألا يجوز الاستئجار على تعليم القرآن ، لأنه من باب الحسبة ، ولا تجب الأجرة على فعل الاحتساب . والفتوى في زماننا على وجوب الأجرة ، وجواز الإجارة ، لظهور التواني في الأمور الدينية ، ولانقطاع وظائف المعلمين من بيت المال ، وقلة المروءة في الأغنياء ، خلافاً للزمان الماضي ، حيث كره الحنفية ذلك لقوة حرصهم على الحسبة ، ووفور عطائهم في بيت المال ، وكثرة المروءة في التجار والأغنياء ، وكانوا مستغنين عن الأجرة : نصاب الاحتساب .

٢ـ تضمين الأجير المشترك كالخياط والصباغ والكواء ، فإن الأصل هو أنه أمين ، لا يضمن إلا بالتعدي أو التقصير ، ثم قرر بعض

---

(١) تنقيح الفتاوى الحامدية ٢/ ١٣٧ ، ٢٩١ .

(٢) رواه البخاري والترمذي عن علي ، وأحمد وأبو داود والترمذي وابن ماجه عن عثمان ، وهو صحيح .

الصحابة ، مثل عمر وعلي ، ومن تبعهم من الفقهاء ضمانه ، نظراً لكثرة الادعاء بهلاك ما في يده ، ومحافظة على أموال الناس . وقد قضى الونشريسي بتضمين الراعي المشترك .(١) .

٣ـ عدم الاكتفاء بظاهر العدالة في الشهادة : فإن أبا يوسف ومحمد رحمهما الله قررا أنه لا بد من تزكية الشهود (أي إظهار عدالة الشاهد وصلاحيته للشهادة بوساطة ثقة) للمحافظة على حقوق النساء وعدم ضياعها ، علماً بأن ذلك مخالف لما قرره أبو حنيفة من أنه يكتفى بظاهر العدالة فيما عدا الحدود والقصاص ، ولم يشترط التزكية ، بناء على ما كان في زمنه من غلبة العدالة ، لأنه كان في الزمن الذي شهد له رسول الله ﷺ بالخيرية ، وهو القرن الأول والثاني والثالث ، فنظراً لتغير الزمان ، وفشوالكذب ، أفتى الصاحبان بما يخالف رأي الإمام رحمه الله ، نزولاً تحت وطأة العرف .

قال الونشريسي ، لا يستسفر القاضي من الشهود العدول عن شهادتهم إلا في الزنا والحدود ، لما ورد أن الحدود تدرأ بالشبهات(٢) .

٤ـ تحقق الإكراه من غير السلطان : كان أبو حنيفة يفتي بأنه لا يتحقق الإكراه إلا من السلطان ، لا من غيره ، نظراً لما شاهده في عصره ، من أن المنعة والقدرة لم تكن لغير السلطان . ونظراً لفساد الزمان وتغير الحال وظهور الظلمة ، فإن الصاحبين أفتيا بتحقق الإكراه من غير السلطان ، بناء على ما شاهداه في زمانهما(٣) .

---

(١) المعيار المعرب ٨/ ٣٤٣ .

(٢) المعيار المعرب٩/ ٤١٦ .

(٣) الفتاوى الهندية٥/ ٣٧ .

٥ـ منع النساء الشابات من حضور المساجد لصلاة الجماعة ، بخلاف ما كان عليه الحال في زمن الرسول ﷺ ، نظراً لفساد الأخلاق ، وغلبة السوء .

٦ـ أفتى فقهاء الحنيفة **بمنع الزوج من السفر بزوجته** ، وإن أوفاها المهر المعجل ، لفساد الزمان وسوء المعاملة ، وأفتوا أيضاً بعدم تصديق المرأة بعد الدخول بها ، بأنها لم تقبض المشروط تعجيله من المهر ، مع أنها منكرة للقبض ، علماً بأن القاعدة تقرر : أن القول قول المنكر بيمينه ، وقد تركت هذه القاعدة هنا ، لأن المرأة في العادة لا تسلّم نفسها قبل قبض المعجل(١) .

٧ـ أخذ زكاة الأراضي : وهو العشر من المستأجر دون المؤجر ، أفتى به الصاحبان خلافاً لرأي الإمام أبي حنيفة ، لأنه أحسن للزمان وأكثر فائدة ، وأعظم جدوى بالنسبة للفقراء ، ولأن الزكاة تؤخذ من الزرع ، فتتبع مالك الزرع ، وهو المستأجر ، علماً بأن أبا حنيفة كان يرى العشر على المؤجر ، لأن الزكاة مؤنة الملك ، وملك الأرض للمؤجر .

هذه أمثلة ونحوها كبيع الوفاء(٢) ، ودخول الحمام من غير بيان مدة المكث ومقدار الماء المستهلك ، والإعفاء عن طين الشارع للضرورة ، اختلفت أحكامها لاختلاف عادات أهل الزمان وأحوالهم .

٨ـ عارض المديونية : الأصل المقرر عند الحنفية وغيرهم أن تبرعات المدين نافذة ولو استغرقت ديونه أمواله كلها ، وهذا مقتضى

---

(١) رسائل ابن عابدين٢/ ١٢٦ .

(٢) بيع الوفاء : هو أن يبيع المحتاج إلى النقد عقاراً ، على أنه متى وفى الثمن ، استرد العقار(الفتاوى الهندية ٣/ ١٧٨) .

القياس ، ثم لما فسدت الذمم ، ولجأ المدينون لتهريب أموالهم من وجه الدائنين من طريق وقفها أو هبتها لأقاربهم ، أفتى متأخرو الحنفية والحنابلة بعدم نفاذ هذه التبرعات إلا فيما يزيد عن وفاء ديونهم .

٩ـ الأصل المقرر عند الحنفية **عدم ضمان منافع الغصب** ، سواء استوفاها الغاصب أو عطَّلها ، مثل ركوب الدابة ، وسكنى الدار ، وزراعة الأرض ، ثم استثنى متأخرو الحنفية ثلاثة مواضع يجب فيها أجر المثل ، وهي أن يكون المغصوب مال وقف ، أو مال يتيم ، أو شيئاً معداً للاستغلال ، بأن بناه صاحبه او اشتراه لذلك الغرض(١) .

١٠ـ الأصل في المذهب الحنفي والشافعي أن **القاضي يقضي بعلمه الشخصي** في الوقائع ، في الأظهر عند الشافعية ، إلا في الحدود والقصاص ، ثم أفتى المتأخرون وتقدمهم الشافعي رحمه الله بأن القاضي لا يقضي بعلمه الشخصي مطلقاً للتهمة(٢) .

وجاء في المعيار المعرِب : قال العبدوسي : لا يحكم القاضي بعلمه في التسفيه بإجماع ، وإنما يحكم بعلمه بعد ثبوته ببينة عدلة ، هذا والحكم المقرر عند المالكية والحنابلة : أنه لا يقضي الحاكم بعلم نفسه في حد ولا غيره ، إلا فيما علمه في مجلس القضاء(٣) وهذا هو المقرر في القوانين الوضعية حيث يقضي القاضي بعلمه في جرائم الجلسات .

---

(١) تنقيح الفتاوى الحامدية ٢/١٦٨ ، ١٧٣ ، الدر المختار ورد المحتار ٥/١٤٤ـ١٤٥ .

(٢) الدر المختار ورد المحتار : ٤/٣٦٩ ، مغني المحتاج ٤/٥٣ وما بعدها .

(٣) المعيار المعرب ٩/٢٥٧ ، بداية المجتهد ٢/٤٥٨ وما بعدها ، المغني ٩/٥٣ وما بعدها .

أمثلة التطورات :

١ـ **تدوين السنة النبوية** : دوّنت السنة النبوية ، في مطلع القرن الثاني الهجري ، بأمر الخليفة عمر بن عبد العزيز رضي الله عنه ، خوفاً من ضياعها بموت رواتها وحفَظتها ، لأن أسلوب الكتاب أثبت وأدوم من حفظ الذاكرة ، علماً بأن النبي صلّى الله عليه وآله وسلم في بدء أمره ودعوته نهى عن كتابة أحاديثه ، حتى لا تختلط بالقرآن ، وقال لأصحابه : « لا تكتبوا عني شيئاً ، ومن كتب غير القرآن فليمحه »(١) .

٢ـ **ظاهرة السجلات العقارية أو العينية** : كان من المقرر فقهاً ضرورة وصف المبيع بحدوده الأربع ، ووجود التسليم ، أي التخلية ، فلما ظهر نظام السجل العقاري ، أصبح بيان الحدود الأربعة عبثاً ، واستقر الاجتهاد القضائي على حصول التسليم بمجرد تسجيل العقد في السجل العقاري ، وبالتسجيل تنتقل تبعة ضمان هلاك المبيع ، من عهدة البائع إلى عهدة المشتري ، أخذاً بتطور أساليب التنظيم والضبط المحققة للمراد ، بدلاً من التسليم الفعلي للعقار الذي كان لا بد منه ، بل إن الدولة لا تعترف بانتقال ملكية العقارات إلا بهذا التسجيل ، وليس بمجرد التعاقد .

ويلاحظ أن مسألة تغير الأحكام بتغير الأزمان ، ليست أخذاً بالعرف ، وإنما هي تطبيق لمبدأ المصالح المرسلة ، لأن فساد الأحوال ليس من قبيل الأعراف المتعارفة ، وإنما هو انحراف في الأخلاق ، أو

---

(١) رواه مسلم في صحيحه .

تبدل وسائل التنظيم ، مما يجعل ظروف الاجتهاد الجيدة ومراعاة المصالح هي الدافعة لتغير الأحكام ، وليست مجرد نشوء أعراف جديدة(١) .

* * *

---

(١) المدخل الفقهي للأستاذ الزرقاء : ف٥٥٣ .

مايلزم المفتي مراعاته أو شروط الإفتاء

تتطلب عدالة المفتي أموراً ثلاثة إذا اختار أحد آراء المذاهب(١) .

١ـ أن يتبع القول لدليله : أي يعمل بالراجح دليلاً من الآراء إذا تعارضت الأدلة ، ولا يختار من المذاهب أضعفها دليلاً بل يختار أقواها دليلاً ، لأن الفتيا شرع عام على المكلفين إلى قيام الساعة ، واتباع الشرع إنما يكون بالدليل ، وليس اتباعاً للهوى ، والأدلة يجب فيها اتباع الراجح ، أما الحكم أو الفتيا بما هو مرجوح فخلاف الإجماع .

٢ـ أن يجتهد ما أمكن الاجتهاد في أن لا يترك الأمر المجمع عليه إلى المختلف فيه ، لأن اتباع الإجماع واجب أولاً .

٣ـ أن لا يتبع أهواء الناس ، بل يتبع المصلحة والدليل ، والمصلحة المعتبرة : هي مصلحة الكافة . وهذه الضوابط عامة في العبادات والمعاملات وأحكام الأسرة والعلاقات الدولية ونحوها .

* * *

---

(١) الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام للقرافي : ص٣٠ ، ٧٩ـ٨٠ ، أصول الفقه للأستاذ الشيخ محمد أبو زهرة : ٣٩٠ .

ضوابط الفتوى بالنوازل والعمل الفقهي

إذا كانت النازلة أو المسألة المستجدة مشابهة لما سبقها ، فيقضى أو يفتى بها ، ما دامت منسجمة مع مقاصد الشريعة وأصولها ، ومحققة للمصلحة الزمنية والأعراف الصحيحة التي لا تصادم نصوص الشريعة . وأما إذا اختلفت المصلحة ، أو تبدل العرف ، فيمكن الاستفادة من صنيع المفتين السابقين ، ومعرفة كيفية الإفتاء ، والتعلم من طرائق الاستدلال التي سلكوها ، وتنزيلها على المقاصد التشريعية والأصول الاستدلالية ، ويمكن حصر هذه الأصول أو الضوابط بعشرة ، وهي كفيلة بتجديد حيوية الفقه ، ومعرفة كيفية الاستفادة من فتاوى النوازل في التطبيقات العصرية ، وهذه الضوابط هي في تقديري إجمالاً عشرة ، وهي ما يلي :

الضابط الأول ـ مراعاة الضرورة أو الحاجة :

الضرورة أشد باعثاً أو دافعاً لتجاوز القواعد القياسية العامة من الحاجة . فالضرورة : ما يترتب على عدم مراعاتها خطر أو ضرر شديد محقق كالموت جوعاً . وأما الحاجة : فهي ما يترتب على تركها مشقة وحرج أو عسر وصعوبة ، وقد عرف الزركشي والسيوطي الضرورة فقالا : هي بلوغه حداً إن لم يتناول الممنوع هلك أو قارب ، كالمضطر

للأكل واللبس ، بحيث لو بقي جائعاً أو عرياناً لمات أو تلف منه عضو(١) .

وللمالكية والحنابلة تعريف مقارب أو مشابه(٢) .

وتطبيقات الضرورة أو الحاجة من النوازل والفتاوى كثيرة ، منها ما يأتي ، وقاعدتها المقرره هي : « الضرورات تبيح المحظورات » (المجله : م٢١) .

فمن أمثلة الضروروة :

- كشف العورات أمام الطبيب ، للمداواة .

- تناول بعض المآكل أو المشارب المحظورة لإنقاذ النفس من الهلاك أو الموت جوعاً ، فيباح تناول شيء من الميتة أو الخنزير أو الخمر ، أو أخذ مال شخص آخر غير مضطر مثله ، لدفع خطر الهلاك ، إما محققاً ، أو بظن غالب ، أو الوقوع في وهن لا يحتمل .

- اقتحام المنزل لإطفاء حريق أو تفادي هدم جدار وسقوطه ، لكن هناك أمور ثلاثة لا تحل ولو في حال الضرورة . وإن ارتفع الإثم أو العقاب عن فاعلها ، وهي الكفر والقتل والزنا .

- الأصل فيمن يتولى القضاء : أن يكون مجتهداً عدلاً ، لكن ذكر الغزالي في وسيطه ، وحكاه عنه الرافعي في الشرح ، وجزم به في المحرر : أن من ولاّه ذو شوكة ، نفذ حكمه ، وإن كان جاهلاً أو فاسقاً للضرورة ، قال ابن حجر : وهذا هو اللائق بهذا الزمان .

---

(١) قواعد الزركشي ، مخطوط : ق١٣٧ب ، وقد طبع أخيراً في الكويت .

(٢) المغني ٨/ ٥٩٥ ، الشرح الكبير للدير ٢/ ١١٥ .

وكذلك المتغلب على إقليم ، لو نصب فاسقاً أو جاهلاً ، تنفذ أحكامه للضرورة .(١) .

- يرى الإمام أبو حنيفة رحمه الله أن حكم القاضي ينفذ ظاهراً وباطناً للضرورة في العقود والفسوخ ، وخالفه الصاحبان وبقية الفقهاء ، فقالوا : لا ينفذ حكم القاضي في الأموال وغيرها ، فلا يحل الحرام ، ولا يحرم الحلال .(٢) .

- بيع التلجئة : هو العقد الذي ينشئه البائع لضرورة أمر ، فيصير كالمدفوع إليه ، وصوره ثلاث عند الحنفية :

١- إذا كان في نفس المبيع فهو باطل .

٢- وإذا كان في البدل : نحو أن يتفقا في السر أن الثمن ألف ، ويتبايعا في الظاهر بألفين ، فالثمن هو المذكور في السر .

٣- وإذا اتفقا في الباطن أن الثمن ألف ، ويتبايعان في الظاهر بمائة دينار ، قال محمد بن الحسن : القياس أن يبطل العقد ، وفي الاستحسان : يصح بمائة دينار ، والفرق بين هذه الصورة وما قبلها : أن الثمن في الظاهر في هذه الصورة أقل . وعن ابي حنيفة : بيع التلجئة موقوف ، إن أجازه جاز ، وإن رده بطل(٣) .

- علاج التضخم في القرض : لو استقرض الفلوس فكسدت ، قال أبو حنيفة : عليه مثلها كاسدة ، ولا يغرم قيمتها ، وقال أبو يوسف : عليه قيمتها يوم القبض . وقال محمد : عليه قيمتها في آخر يوم كانت

---

(١) فتاوى ابن حجر ٤/ ٢٩٧-٢٩٨ .

(٢) الفقه الإسلامي وأدلته للباحث ٦/ ٧٥٦ .

(٣) الفتاوى الهندية : ٣/ ١٧٨ .

رائجة ، وعليه الفتوى . قال في الفتاوى الهندية(١) : وبعض مشايخ زماننا أفتوا بقول أبي يوسف ، وقوله أقرب إلى الصواب في زماننا .

ـ تقديم زكاة الفطر ودفع القيمة : أجاز الإمام ابن عرفة تقديم زكاة الفطر أول رمضان ، كما أجاز دفع القيمة عن الحب والتمر ، للضرورة إلى ذلك(٢) . فوافق الحنفية في هذا .

الاقتيات لضرورة : من تاب وبيده مال حرام ، ليس له ما يقتات به سواه ، قال الداوي المالكي : لا يُبقي بيده إلا أقل ما تجزىء به الصلاة من اللباس : وهو ما يستره من السرة إلى الركبة ، وقوت يومه ، لأنه الذي يجب له من مال غيره إذا اضطر(٣) .

ـ وهناك ما يسمى عند الحنفية باستحسان الضرورة ، واستحسان العرف ، والمصلحة المرسلة لضرورة .

أما **الاستحسان بالضرورة** : فهو أن توجد ضرورة تحمل المجتهد على ترك القياس والأخذ بمقتضى الضرورة ، مثل تطهير الآبار والأحواض التي تقع فيها نجاسة ، فمقتضى القياس : أنه لا يمكن تطهيرها بنزح الماء كله أو بعضه ، لأن نزح بعض الماء الموجود في البئر أو الحوض لا يؤثر في طهارة الباقي فيها ، ونزح كل الماء لا يفيد في طهارة ما ينبع من ماء جديد ، لملاقاته لمحل النجاسة في قاع البئر وجدرانه ، والدلو تتنجس أيضاً بملاقاة الماء ، فلا تزال تعود وهي نجسة ، إلا أنهم استحسنوا ترك العمل بموجب القياس ، فحكموا

---

(١) ٣/ ١٧٨ .

(٢) المعيار ١/ ٣٧٣ .

(٣) المرجع السابق ٩/ ٥٦٨ .

بالطهارة بنزح مقدار من الماء للضرورة المحوجة إليها . قال الحنفية : إن وقعت في البئر فأرة أو عصفورة ونحوها فماتت : نزح منها ما بين عشرين دلواً إلى ثلاثين ، بحسب كبر الدلو وصغرها ، بعد إخراج الفأرة ، فإن ماتت فيها حمامة أو نحوها كالدجاجة والسنور والهر ، نزح منها ما بين أربعين دلواً إلى ستين . وإن ماتت فيها شاة أو كلب أو آدمي ، نزح جميع ما فيها ، فإن انتفخ الحيوان فيها أو نفسخ ، نزح جميع ما فيها ، صغر الحيوان أو كبر ، لانتشار البلّة في أجزاء الماء .⁽¹⁾ .

وأما **استحسان العرف** : فهو كعقد الاستصناع : وهو شراء ما سيصنع وفقاً للطلب ، وهو جائز في كل ما جرى التعامل فيه⁽²⁾ ، وما يقترضه الجيران من بعضهم بعضاً من الحوائج من الدقيق والخبز ونحوهما ، قال الحنفية : إذا استقرض الدقيق وزناً لا يرده وزناً ، ولكن يصطلحان على القيمة ، وعن أبي يوسف رحمه الله تعالى : يجوز استقراضه وزناً استحساناً ، إذا تعارف الناس ذلك ، وعليه الفتوى⁽³⁾ .

وأما **المصلحة لضرورة** : فمتفق على الأخذ بها ، قال الغزالي : المناسب المرسل يعتبر إن كانت المصلحة ضرورية قطعية كلية ، وإلا فلا ، فالضرورة : هي التي تكون من إحدى الضروريات الخمس : وهي حفظ الدين والنفس والعقل والنسب والمال . وأما القطعية : فهي التي يجزم بحصول المصلحة فيها ، والكلية : هي التي تكون موجبة لفائدة عامة للمسلمين ، مثال ذلك : مشروعية قتل أسارى المسلمين

---

(١) فتح القدير ١/ ٦٨-٧٤ .

(٢) الفتاوى الهندية ٣/ ١٧٧ .

(٣) المرجع السابق ٣/ ١٧٣ .

بيد الأعداء ، إذا تترسوا بهم ، للضرورة ، حتى لا يتخذوا ذلك دريئة في ديار المسلمين ، والاستيلاء عليها ، وقتل المسلمين كافة(١) ومثل : توظيف الخراج على الأراضي ، إذا خلت الأيدي من الأموال ، ولم يكن من مال المصالح ما يفي بحاجات الجيش ، فيجوز لولي الأمر أن يوظف على الأغنياء مقدار كفاية الجند ، لأنه إذا تعارض شران أو ضرران ، قصد الشارع دفع أشد الضررين ، وأعظم الشرين . أفتى بذلك كبار العلماء كالغزالي والعز بن عبد السلام والقرطبي والشاطبي وابن عابدين وغيرهم .

وجاء في الأحكام السلطانية للماوردي(٢) : إذا ضاقت على بيت المال الديون والحقوق عن سدادها ، جاز لولي الأمر إذا خاف الفساد أن يقترض على بيت المال ما يصرفه في الديون دون الارتفاق ، وكان من حدث بعده من الولاة مأخوذاً بقضائه إذا اتسع له بيت المال . وأما الفائض من الحقوق عن مصارف بيت المال : فذهب الشافعي إلى أنه لا يدخر ، وإنما يصرف في مصالح المسلمين ، لأن النوائب تعين فرضها عليهم إذا حدثت .

وذكر الماوردي مراتب الضرب في التعزير ، فمن سرق نصاباً من غير حرز ضرب أعلى التعزير . خمسة وسبعين سوطاً ، وإذا سرق من حرز أقل من نصاب ، ضرب ستين سوطاً ، وإذا سرق أقل من نصاب من غير حرز ، ضرب خمسين سوطاً ، فإذا جمع المال في الحرز واسترجع منه قبل إخراجه ، ضرب أربعين سوطاً ، وإذا نقب الحرز ودخل ولم يأخذ ، ضرب ثلاثين سوطاً . وإذا نقب الحرز ، ولم

---

(١) المستصفى ١/ ١٤٠ـ١٤٢ .

(٢) ص٢٠٧ ، ط صبح ، وانظر الأحكام السلطانية لأبي يعلى : ص٢٣٧ .

يدخل ، ضرب عشرين سوطاً ، وإذا تعرض للنقب أو لفتح باب ولم يكمله ، ضرب عشرة أسواط . ثم قال الماوردي : وهذا الترتيب ، وإن كان مستحسناً في الظاهر ، فقد تجرد الاستحسان عن دليل يتقدر به .(١) .

والحاجة العامة تنزل منزلة الضرورة : ومن أمثلة الحاجة : مشروعية طائفة من العقود لحاجة الناس إليها ، استثناء من القواعد القياسية العامة ، كالحكم بالإجارة ، والوصية ، والجعالة ، والحوالة ، والكفالة ، والصلح ، والقراض أو المضاربة ، والقرض ونحو ذلك .

ـ يباح من ربا الفضل ما تدعو الحاجة إليه ، كالعرايا (بيع الرطب بالتمر) وبيع الذهب أو الفضة السبيكة بالمصوغ منه صياغة مباحة ، كخاتم الفضة ، وحلية النساء ، وما أبيح من حلية السلاح وغيرها .

مشروعية الخيارات في العقود .

ـ **إباحة ضمان الدرَك** : وهو أن يضمن البائع للمشتري إن خرج المبيع مستحقاً لغير البائع أو معيباً أو ناقصاً(٢) .

ـ **بيع الثمار المتلاحقة الظهور** : كالتين والموز والقثاء واليقطين والبطيخ .

ـ **إباحة عقد الاستصناع** : (المقاولة مع صانع على أن يعمل شيئاً) لحاجة الناس إليه . وإباحة البيع لأجل أو بالتقسيط للحاجة إليهما ، ولو بأكثر من الثمن الحالّ (النقدي) . ودخول الحمام بأجر ، مع جهالة مدة المكث فيها ، وجهالة مقدار الماء المستعمل أو المستهلك ومثله نزول الفنادق بالطعام والشراب .

---

(١) ص٢٢٨ وما بعدها ، وانظر الأحكام السلطانية لأبي يعلى : ص٢٦٤ .

(٢) مغني المحتاج٢/١ ، ٢ .

- **إباحة الحنفية بيع الوفاء وصحته** : للحاجة بسبب كثرة الديون على الناس . وإباحة الحنفية أيضاً للمحتاج الاستقراض بالربح ، مثل أن يقترض شخص عشرة دنانير مثلاً ، ويجعل لصاحبها من الربح شيئاً معلوماً ، في كل يوم ربحاً خاصاً به . أو يدفع المستقرض إلى المقرض ملعقة مثلاً ويستأجره على حفظها ، في كل شهر بكذا ، يجوز ذلك بالتعارف العام ، لما فيه من احتياج عامة الناس إليه ، وقد تعارفوا ذلك سلفاً وخلفاً ، فجاز على خلاف القياس⁽¹⁾ .

- **يباح النظر إلى العورات للمداواة** : كما يباح النظر لوجه المرأة للمعاملة والإشهاد والخطبة والتعليم ونحوها ، للحاجة لذلك ، ولكن بقدر الحاجة في كل ما ذكر ، لأن (الضرورة أو الحاجة تقدر بقدرها) .

- **التزام المذهب غير ملزم** : قال الإمام النووي : الذي يقتضيه الدليل أنه لا يلزم المقلّد التمذهب ، بل يستفتي من شاء أو من اتفق . قال ابن حجر : وظاهره جواز الانتقال من مذهب لآخر . وأفتى شيخ الإسلام عز الدين بن عبد السلام بجواز تقليد إمام مذهب في مسألة ، وآخر في أخرى ، وهكذا من غير التزام مذهب معين .⁽²⁾ .

وقال ابن السبكي : يجوز تقليد الصحابة رضي الله عنهم (أي خلافاً للمعتمد في المذهب) وهو الصحيح عندي⁽³⁾ .

وأفتى جماعة كالعز بن عبد السلام وابن حجر : بأنه يجوز للعامي

---

(١) رسائل ابن عابدين ٢/ ١١٧ .

(٢) فتاوى ابن حجر : ٤/ ٣٠٥ .

(٣) المرجع السابق : ٤/ ٣٠٧ .

تقليد من شاء من المجتهدين ، ولو مفضولاً ، مع وجود الأفضل ، ما لم يتبع الرخص ، بل وإن تتبعها(١) .

الحجر على الكبير : قال السرقسطي المالكي : لا يحجر على الشيخ الكبير إذا كثرت هَنَاته (سقطاته) وهو صحيح العقل ، وإنما يحجر على السفيه يبذر ماله ، ولا يعدّه شيئاً ، ويتلفه ، في شهواته ، أو الصغير أو فاقد العقل(٢) .

الحجر على الزوجة : للزوج رد تبرعات زوجته إن زادت على ثلث مالها(٣) .

ويجوز للقاضي أخذ رزق من الخصمين بشروط عشرة ، كالفقر وتساوي الخصمين في مقدار الأجر(٤) . وكل ما ذكر مشروع للحاجة .

ـ لا مانع عند الحنفية وبعض الحنابلة والشافعية من الأخذ بنظام قضاء الجماعة(٥) .

ولا مانع فقهاً من تعدد درجات التقاضي ، بدليل أن الإمام علي رضي الله عنه قضى بين خصمين في اليمن ، وأجاز لهما إذا لم يرضيا أن يأتيا رسول الله ﷺ ، فأتياه ، فأقر قضاء علي . وهذا مفهوم أيضاً من رسالة عمر رضي الله عنه في القضاء لأبي موسى الأشعري(٦) .

وقد تقدم أن تغير وسائل حماية الحق بحسب المصلحة الزمنية تتفق

---

(١) المرجع نفسه ٤/ ٣١٥ .

(٢) المعيار المعرب ٩/ ٤٣٩ .

(٣) المرجع السابق ٩/ ٤١٦ .

(٤) المرجع نفسه : ٤/ ٣٢٠ .

(٥) الفتاوى الهندية ٣/ ٣١٧ ، التبصرة لابن فرحون ١/ ٣٧ .

(٦) الفقه الإسلامي وأدلته للباحث ٦/ ٧٥٤ .

مع المبدأ الذي تقوم عليه الأحكام الشرعية ، وهو إحقاق الحق ، وإبطال الباطل ، ورعاية المصلحة ، ودرء المفسدة .

ـ أخذ بعض فقهاء المالكية كابن فرحون ، وبعض الحنابلة كابن القيم بجواز القضاء بالقرائن أحياناً ، مع التحفظ والحذر ، ولو في نطاق الحدود ، وصار ذلك مذهب المالكية والحنابلة ، مثل إثبات الزنا بالحمل ، وإثبات شرب الخمر بظهور رائحتها من فم الشارب المتهم ، وثبوت السرقة بوجود المال المسروق في حيازة المتهم ، ورد المسروق أو الوديعة أو اللقطة لمن يصفها بعلامات مميزة ، دون حاجة للشهادة أو اليمين(١) .

واكتفى الحنفية بالأخذ بالقرينة القطعية ، كرؤية شخص مدهوش ملطخ بالدم ، ومعه سكين ملوثة بالدم ، مما يدل على أنه هو القاتل إلا إذا ثبت العكس بدليل قاطع (المجلة : م١٧٤١)

ـ **الطلاق المقترن بلفظ الثلاث أو المتكرر أو المتتابع :** قال الجمهور ، يقع الطلاق المقترن بلفظ الثلاث ، أو المتكرر ، كما أوقعه الزوج ، لكن الإمام ابن تيمية وتليمذه ابن القيم ، وبعض المعاصرين(المشايخ : محمود شلتوت ، ومحمد السايس ، وعلي الخفيف ، ومحمد الزفراف) والقوانين في مصر والسودان والمغرب وسورية ولبنان والأردن والعراق ، والشيعة الإمامية : يرون أن الطلاق المقترن بعدد لفظاً أو إشارة لا يقع إلا واحدة ، لأن القول بوقوعه واحدة أقل مفسدة من القول بوقوعه ثلاثاً ، والقاعدة المقررة هي

---

(١) تبصرة الحكام لابن فرحون ٣١٢/١ ، الطرق الحكمية في السياسة الشرعية لابن القيم : ص٩٧ وما بعدها ، ٢١٤ وما بعدها ، الفقه الإسلامي وأدلته ٣٩١/٦ـ٣٩٢ .

(يرتكب أخف الضررين وأقلهما فساداً) . وكذلك الطلاق المتتابع عند بعض المعاصرين (الشيخ محمد أبو زهره) لا يقع إلا واحدة ، لأن الظاهر أن هذا الطلاق ولو في مجالس متعددة يراد به التأكيد ، أي إن الطلاق المتكرر يأخذ حكم المقترن بالعدد عن طريق القياس(١) . والدافع لهذا هو حاجة الناس .

ـ **طلاق الهازل أو الذي يجري على اللسان بدون قصد** : قال بعض المالكية وبعض الزيدية ، والظاهرية والجعفرية(٢) : طلاق الهازل لا يقع لعدم القصد إليه والعزم عليه ، لأن الهازل لا نية له في الطلاق ، والحديث صريح في اشتراط النية (إنما الأعمال بالنيات)(٣) ، وأما حديث« ثلاث جدهن جد وهزلهن جد : النكاح ، والطلاق والرجعة »(٤) فتشككوا فيه ، ولم يصح عندهم .

ـ **بيع المعدوم** : من شروط البيع عند الحنابلة(٥) وغيرهم : القدرة على تسليم المبيع ، فلا يصح بيع الآبق ، والشارد ، ولو لقادر على تحصليهما ، لما رواه أحمد من حديث أبي سعيد أن النبي ﷺ « نهى عن شراء العبد وهو آبق » . ولمسلم عن أبي هريرة أن النبي ﷺ « نهى عن بيع الغرر » . وفسره أبو يعلى وجماعة : بما تردد بين أمرين ليس أحدهما أظهر .

---

(١) فتاوى ابن تيمية ٣/ ١٧ ، إغاثة اللهفان ٣/ ٣٢٦ ، الفصول الشرعية : ص٧٤ .

(٢) الخرشي ٣/ ١٧٢ ، الدسوقي ٢/ ٤٢٨ ، جواهر الكلام ٥/ ٢٧٤ ، المنتزع المختار ٢/ ٣٨٢ .

(٣) رواه البخاري ومسلم عن عمر رضي الله عنه

(٤) رواه أبو داود والترمذي وابن ماجه عن أبي هريرة ، وهو كما ذكر السيوطي وغيره : حسن .

(٥) منار السبيل ١/ ٢٨٩ .

وأجاز ابن تيمية وابن القيم للحاجة بيع المعدوم عند العقد إذا كان محقق الوجود في المستقبل بحسب العادة ، لأنه لم يثبت النهي عن بيع المعدوم ، لا في الكتاب ولا في السنة ولا في كلام الصحابة ، وإنما ورد في السنة النهي عن بيع الغرر : وهو مالا يقدر على تسليمه ، سواء أكان موجوداً أم معدوماً ، كبيع الفرس النافر والجمل الشارد ، فليست العلة في المنع ، لا العدم ولا الوجود .(١) .

- **بيع عقار القاصر** : للوصي بيع عقار القاصر ، لحاجة النفقة ، بمثل القيمة ، لكن من دقائق الفقه الحنفي : أنه لا يجوز للجد بيع العروض والعقار ، لقضاء الدين وغيرها ، ويجوز ذلك للوصي ، لأن الوصي هو المختص بحفظ الأموال ، وله الولاية على المال .

ولا يجوز للوصي بيع عقار القاصر من غير حاجة ولا مسوغ شرعي . قال في الذخيرة : الوصي يملك بيع عروض الصغير من غير حاجة ، ولا يملك بيع عقاره إلا لحاجة ، لأن وظيفته إذ ذاك حفظ الأموال ، وبيع العروض من الحفظ ، لأن حفظ الثمن أهون . أما العقار : فهو محصَّن بذاته ، محفوظ بنفسه ، فلا يكون بيعه من باب الحفظ ، إلا إذا كان العقار في معرض الهلاك ، فبيعه يكون بمنزلة العروض(٢) .

- أجاز الحنفية والمالكية نقل الزكاة من بلد المزكي إلى بلد آخر ، لقرابة محاويج ، ليسد حاجتهم ، أو على قوم هم أحوج إليها ، أو أصلح ، أو أورع ، أو أنفع للمسلمين ، أو من دار الحرب إلى دار

---

(١) أعلام الموقعين ٢/ ٨ وما بعدها .

(٢) تنقيح الفتاوى الحامدية ٢/ ٣٢٢-٣٢٣- ، الفتاوى الخيرية بهامشها ٢/ ٣٣٦ .

الإسلام ، أو إلى طالب علم أو إلى الزهاد(١) .

وذكر المالكية : أنه تؤخذ الزكاة من الغاصب وتعطى لأهل الحاجة إذا لم يقدر على ردّها لأربابها ، ولا يعرفون ولا تمكن معرفتهم ، وغير المحتاج لا يأخذ ، وكذلك المقتدى به . وتعطى الزكاة لفقراء البلد وللغرباء ، دفعاً للحاجة .

وتعطى الزكاة لولي المعتوه ، ولا تعطى لتارك الصلاة .

وتعطى الزكاة للفقير ، ولو كان له ولد غني .

ويجوز للمزكي إعطاء الزكاة لولده الخارج عن نفقته .

ويعطى المحتاج من الزكاة ، ولو ملك فرساً وخادماً ، وتدفع الزكاة لأهل البيت النبوي إن خيف عليهم الضياع ، قال الونشريسي : والراجح في هذا الزمان أن يعطى المنسوب لآل البيت ، وربما كان إعطاؤه أفضل من إعطاء غيره ، والله تعالى أعلم .

وتعطى الزكاة لتارك الصلاة إذا كان مقراً بالإسلام . ويبعث بالزكاة إلى الأسارى المسلمين بدار الحرب ، وتجزىء المزكي . والفقراء شركاء أرباب المال في الزكاة . وتجب زكاة المال الموقوف للسلف (الإقراض) والمدفون ، والمغصوب ، لأنه غير معجوز عن تنميته . ودين الكفارة لا يسقط الزكاة ، بخلاف دين الزكاة(٢) .

---

(١) الفتاوى الهندية ١/١٧٨ الدر المختار ١/٩٣ـ٩٥ ، أحكام القرآن لابن العربي ١/١٥٨ .

(٢) المعيار المعرب ١/٣٦٤ـ٣٦٧ ، ٣٩٠ ، ٣٩٢ ، ٣٩٥ ، ٣٩٦ ، ٣٩٧ ، ٣٩٨ ، ٤٠٢ ، ٤٠٣

الضابط الثاني ـ رعاية المصلحة :

المصلحة في اللغة : جلب المنفعة ، أو دفع المضرة ، وفي الشرع : المحافظة على مقصود الشرع ، ومقصود الشرع من الخلق خمسة : وهو أن يحفظ عليهم دينهم ، ونفسهم ، وعقلهم ، ونسلهم ، ومالهم ، فكل ما يتضمن حفظ هذه الأصول الخمسة فهو مصلحة ، وكل ما يفوِّت هذه الأصول فهو مفسدة ، ودفعها مصلحة ، كما ذكر الإمام الغزالي(١) .

وبعبارة أخرى : المصالح المرسلة التي هي أصل من أصول التشريع الإسلامي : هي الأوصاف التي تلائم تصرفات الشارع ومقاصده ، ولكن لم يشهد لها دليل معين من الشرع بالاعتبار أو الإلغاء ، ويحصل من ربط الحكم بها جلب مصلحة أو دفع مفسدة عن الناس(٢) .

والمصالح أنواع ثلاثة متفاوتة الدرجة بحسب أهميتها : وهي الضروريات والحاجيات والتحسينات(٣) .

وأمثلتها من الفتاوى لدى الصحابة الكرام : جمع المصحف الشريف في عهد أبي بكر وعثمان ، وتضمين الصناع مع أنهم أمناء ، حفاظاً على أموال الناس ، ومنع التهاون بها ، وتجميد سهم المؤلفة قلوبهم من الصدقات ، لعدم الحاجة إلى التأليف بعد أن عزّ الإسلام ، وعدم تطبيق حد السرقة عام الرمادة (المجاعة) وإمضاء الطلاق الثلاث

---

(١) المستصفى ١/ ١٣٩ـ١٤٠ .

(٢) الموافقات للشاطبي ١/ ٣٩ .

(٣) الموافقات ٢/ ٨ـ١٢ ، روضة الناظر وجُنة المناظر ١/ ٤١٤ ، فواتح الرحموت ٢/ ٢٦٢ ، المستصفى ١/ ١٣٩ .

بكلمة واحدة ثلاثاً زجراً عن كثرة استعماله ، ووضع الخراج على الأراضي المفتوحة عَنوة ، وتركها بيد أهلها ، وتدوين الدواوين ، واتخاذ السجون ، وتوريث الزوجة المطلّقة في مرض الموت (طلاق الفرار) . ومن أمثلتها مايلي :

عند الحنفية تحت ستار الاستحسان المصلحي(١) : مشروعية دفع القيمة في الزكاة وفي اليمين والنذر والكفارة ، وقصر خمس الغنائم على الفقراء دون غيرهم ولو من ذوي القربى ، وتضمين القابض على سوم الشراء ، ونحو ذلك .

وعند الشافعية(٢) : قياس جميع المسكرات المشروبة أو المأكولة على الخمر في التحريم ، وفرض الخراج على الأغنياء عند خلو بيت المال ، وقتل الأسارى المسلمين إذا تترس بهم العدو ، وإعطاء المظنة حكم المظنون قياساً على الخلوة بالأجنبية ، وقال شيخ الإسلام عز الدين بن عبد السلام : الاعتماد في جلب معظم مصالح الدارين ، ودرء مفاسدهما ، على ما يظهر في الظنون(٣) .

ومن فتاوى المتأخرين من الحنفية عملاً بالمصلحة : إقرار مشايخ بخارى وسمرقند بيع الوفاء في أواخر القرن الخامس الهجري ، الذي يشبه ثلاثة عقود :

البيع الصحيح ، والبيع الفاسد ، والرهن ، وهو في الحقيقة رهن ، فأعطي من كل واحد من هذه العقود ما يناسب غايته من الأحكام ، قال النسفي في فتاواه : البيع الذي تعارفه أهل زماننا احتيالاً للربا ، وسموه

---

(١) مقاصد الشريعة للدكتور حسين حامد ٢/ ٦٠٤ .

(٢) المستصفى ١/ ١٣٩ وما بعدها .

(٣) قواعد الإحكام ١/ ٣ .

بيع الوفاء هو في الحقيقة رهن ، والصحيح إن كان بلفظ البيع لا يكون رهناً ، وهو عند الصاحبين : بيع غير لازم(١) .

ـ ومثل ذلك إقرار العمل بعقد الاستصناع(٢) ، والرهن المستعار : وهو أن يستعير الإنسان شيئاً من صديقه ، لا ليستعمله ، بل ليرهنه ويستدين به ، وهو عقد لازم ، مع أن الأصل في عقد الإعارة أنه عقد تبرع غير لازم ، فيفسخه المعير متى شاء ، والعارية أمانة لا تضمن بالهلاك عند الحنفية ، وهذا المرهون مضمون(٣) .

ـ ضمان الراعي المشترك : حكم الونشريسي بتضمينه رعاية للمصلحة ، كالأجير المشترك(٤) .

ـ وأفتى الحنفية(٥) . بجواز فسخ الإجارة بالأعذار ، من جانب المؤجر أو المستأجر ، أو العين المؤجرة ، نزولاً تحت وطأة المصلحة .

ـ وأفتى بعض المعاصرين (الاستاذ مصطفى الزرقا) خلافاً لاتجاه قرارات المجامع الفقهية بجواز عقد التأمين التجاري ذي القسط الثابت .

والاستصناع عند غير الحنفية تنطبق عليه قواعد عقد السلم ، أو العرف في بعض أحكامه ، قال شيخ الإسلام العز بن عبد السلام :

---

(١) الفتاوى الهندية ٣/ ١٧٨ .

(٢) المرجع السابق ٣/ ١٧٧ .

(٣) البدائع ٦/ ١٤٦ ، تبيين الحقائق ٦/ ٨٨ ، الدر المختار ٥/ ٣٦٥ .

(٤) المعيار المعرب ٨/ ٣٤٣ .

(٥) الفتاوى الهندية ٤/ ١٩٨ وما بعدها ، ٤٥٨ وما بعدها ، ٤٦٣ ، تكملة فتح القدير ٧/ ٢٢٢ وما بعدها .

استصناع الصناع الذين جرت عادتهم بأنهم لا يعملون إلا بالأجرة إذا استصنعهم مستصنع من غير تسمية أجرة كالدلال والحلاق والفاصد ، والحجام والنجار والحمال والقصار ، فالأصح أنهم يستحقون من الأجرة ما جرت به العادة ، لدلالة العرف على ذلك(١) .

ـ إجارة السفينة ونحوها بنسبة معلومة : سئل قاضي الجماعة بالأندلس عن هذه ، فقال : يجوز إعطاء السفينة بالجزء نصفاً أو ثلثاً أو ربعاً أو غير ذلك من الأجزاء للضرورة الداعية لذلك ، لأن مذهب مالك مراعاة المصلحة إذا كانت كلية حاجية ، وهذه منها .

وأيضاً فإن أحمد بن حنبل وجماعة من علماء السلف أجازوا الإجارة بالجزء في جميع الإجارات ، قياساً على القراض والمساقاة والشركة وغيرها مما استثني جوازه في الشرع .

وتجوز إجارة المؤذنين والأئمة والرعاة بقدر معلوم موصوف(٢) .

الضابط الثالث ـ الاستحسان :

وبه قال الحنفية والمالكية والحنابلة ، وهو ينحصر في أمرين :

١ـ ترجيح قياس خفي على قياس جلي ، بناء على دليل .

٢ـ استثناء مسألة جزئية من أصل كلي أو قاعدة عامة ، بناء على دليل خاص يقتضي ذلك . والكلام في الاستحسان هنا يقتصر على استحسان الفقيه المستنبط الذي يطبق نصوص الشارع ويقيس عليها ، ويستحسن على وفقها بالعدول عن حكم القياس ، مستلهماً من غرض

---

(١) قواعد الأحكام ٢/ ١١١ .

(٢) المعيار المعرب ٨/ ٢٢٤، ٢٢٦ .

الشارع ومقاصد شريعته ، وهذا يشمل نوعين فقط ، وهما : الاستحسان القياسي واستحسان الضرورة⁽¹⁾ . وقد ذكرت أمثلة النوع الثاني في مراعاة الضرورة .

وأمثلة الاستحسان بالقياس الخفي : الحكم بطهارة سؤر سباع الطيور الجوارح ، لأن المنقار عظم طاهر ، وتشبيه الوقف بالإجارة في إفادة كل منهما مجرد الانتفاع العين ، لأن المقصود من الوقف هو مجرد الانتفاع ، وذلك لا يتحقق إلا بدخول حقوق الارتفاق في الوقف ، دون نص عليها ، كالمسيل والشِّرب والطريق والمرور .

واستحسان المصلحة : يدخل تحت مبدأ أو قاعدة المصلحة المرسلة ، مثل صحة وصية المحجور عليه لسفه في سبيل الخير ، لأن الوصية لا تفيد الملك إلا بعد وفاة المحجور عليه ، ولأن الوصية التي لا تنفذ إلا من الثلث ، لا تكون نافذة إلا بعد وفاء الديون ، فاستثنيت الوصية من الأصل العام لمصلحة جزئية : وهي تحصيله الثواب وجلب الخير للمحجور عليه ، مع عدم الإضرار به في حياته .

الضابط الرابع ـ مراعاة الأعراف والعادات :

العرف : هو ما اعتاده الناس ، وساروا عليه ، من كل فعل شاع بينهم ، أو لفظ تعارفوا إطلاقه على معنى خاص لا تألفه اللغة ، ولا يتبادر غيره عند سماعه ، وهذا يشمل العرف العملي والعرف القولي .

وهو بحسب إطاره أو شموله إما عرف عام وإما عرف خاص .

والعرف العام : هو الشائع في أغلب البلاد أو كلها بين الناس ،

---

(١) المدخل الفقهي للأستاذ الشيخ مصطفى الزرقاء : ف١٥ ـ ١٧ ، ٣٠ ـ ٣١ .

على اختلاف أزمانهم وبيئاتهم ، كالاستصناع ، وبيع المعاطاة ، وقسمة المهر إلى معجل ومؤجل ، وتقديم الإكرامية(البقشيش) للخدم في المطاعم والفنادق ، ودخول الحمامات العامة والمسابح من غير تحديد مقدار الماء المستعمل ومدة المكث .

والعرف الخاص : هو الذي يختص ببلدة معينة أو فئة من الناس ، كأهل حرفة ما دون غيرها ، وهذا يتجدد بتجدد الأزمنة واختلاف الأمكنة ، كعرف التجار فيما يعد عيباً يجيز الفسخ أو الرد ، ودفع أثمان البضاعة المؤجلة من تاجر الجملة كل يوم خميس ، وتقسيط ثمن البضاعة أقساطاً معلومة ، ودفع الأجرة شهرياً أو كل ثلاثة أو ستة شهور أو سنوياً ، وتجديد عقد الإيجار تلقائياً بقوة القانون ، ودفع أجر المحامي على قسطين : قسط عند التوكيل ، وقسط بعد فصل الدعوى في المحكمة .

ومنه : الاصطلاحات الخاصة بكل فن أو علم كاصطلاح الفقهاء ، وعبارات الواقفين ، والتجار والزراع والصناع . ويلاحظ أن أكثر فتاوى النوازل أو الواقعات تكون بسبب التأثر بالأعراف العامة ، أو الخاصة في بلد أو إقليم قطر .

والعرف حجة في الشريعة ، فتفهم النصوص الشرعية من القرآن والسنة بدلالة العرف القائم حين ورود النص ، ولا يلتفت لتبدل الأعراف ، ويخصص النص عند الحنفية والمالكية بالعرف العام العملي ، فلا تلزم المرأة الشريفة القدر بإرضاع ولدها ، ويقصد بالطعام الذي يحرم في الربا البُر ، كما يخصص القياس ، ويترك النص المذهبي بالعرف الخاص المعارض له ، فيحكم بطهارة خرء الحمام في المسجد ، وتصح الإجارة المشروطة بشرط متعارف عليه ، ويباح

استقراض الخبز عدداً للتعامل به بين الجيران ، ويجوز بيع دود القز والنحل لتعامل الناس به ، وللأب أو الجد قبض مهر البنت البكر البالغة ، للعرف والعادة ، مالم تنه عن ذلك⁽¹⁾ .

وتترك القاعدة الفقيهية الكلية أو الاستحسان أو الاستصلاح بالعرف العام ، لعموم الحاجة ، ورعاية المصلحة العامة ، لأن « العادة محكَّمة » (المجلة : م٣٦) و« استعمال الناس حجة يجب العمل بها » (م٣٧) و« المصلحة العامة تقدم على المصلحة الخاصة » و« العرف بمنزلة الإجماع شرعاً عند عدم النص » كما ذكر الكمال بن الهمام⁽٢⁾ .

وهنالك إحدى عشرة قاعدة تدل على حجية العرف ، وهي معروفة⁽٣⁾ .

ومن فتاوى الفقهاء المبنية على العرف والعادة ما يلي :

ـ الأيمان والنذور مبنية على العرف ، وكذا ألفاظ الطلاق والزواج ، وقد يراد بالطلاق الزجر المحض دون قصد التطليق ، مثل « علي الطلاق أو علي الحرام » .

والطلاق المعلّق على شيء إن كان يراد به الحث على فعل شيء أو الترهيب من فعل شيء ، ولم يقصد به تطليق المرأة ، ليس طلاقاً في رأي ابن تيمية رحمه الله ، وإنما هو يمين ، فيه كفارة يمين .

وقال ابن حجر : كلمة « علي الحرام » أصبحت من صرائح ألفاظ

---

(١) رسائل ابن عابدين ٢/١١٦ ، العرف والعادة للشيخ محمد فهمي أبي سنة : ص ١٠١ـ١٠٢ .

(٢) فتح القدير ٦/٥٧ .

(٣) الأشباه والنظائر للسيوطي ص ٨٠ـ٩٠ ، الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ١٠١ـ١١٢ .

الطلاق عرفاً ، وليس من ألفاظ الكنايات التي تحتاج إلى نية ، فإذا تقدم ذكر المرأة فهو طلاق صريح ، ومع عدم تقدمها : كناية في طلاق الزوجة(١) .

ـ وألفاظ الواقفين تبنى على العرف ، مثل تعيين ناظر على الوقف ، ومثل كلمة « على الفريضة الشرعية » يراد بها إعطاء الذكر ضعف الأنثى .

ـ والبيع بثمن قليل رمزي يعد هبة ، والهبة بعوض معلوم بيع ، وبيع الثمار على الأشجار بلفظ الضمان أو التضمين في بلاد الشام بيع .

ـ وقد يعبر العوام عن شرط البراءة عن العيوب في بيع السلعة ، كسيارة ونحوها بعبارة « كوم عظام أو حاضر حلال » ونحو ذلك .

ـ وتدخل عرفاً توابع المبيع في البيع ، كأدوات إصلاح السيارة ، ومضخة استخراج الماء في بيع البستان ، وآلات غلي الماء في بيع الحمام .

القرض : جاء في الفتاوى الهندية(٢) : إذا استقرض الدقيق وزناً لا يرده وزناً ، ولكن يصطلحان على القيمة . وعن أبي يوسف رحمه الله تعالى : يجوز استقراضه وزناً استحساناً إذا تعارف الناس ذلك ، وعليه الفتوى .

ـ والوصية بثمرة البستان تجعل للموصى له الثمرة الموجودة ، لا المعدومة .

ـ وتراعى عرفاً أساليب العوام في العقد والتعليق والتنجيز والإذن والإجازة ، وإن خالفت مذهب اللغويين .

---

(١) فتاوى ابن حجر ٤/ ١٤٢ـ١٤٣ .

(٢) ٣/ ١٧٣ .

ـ كل هذا يدل على أن العرف اللفظي يحدد المقصود من كلام المتكلم ، قال القرافي : الصحيح تقديم العرف اللفظي على اللغة ، وهو أمر واجب متعين ، لأنه ناسخ مقدم على المنسوخ ، فكذا هنا(١) . وهذا أيضاً شائع في عبارات الحنفية حيث يقولون : إن لفظ الماضي مثل : بعث واشتريت يدل على تنجيز البيع عرفاً ، والعرف قاضٍ على اللغة .

ـ وقرر علماء المذهب الحنفي والمالكي بصفة عامة في الأعراف أن « الثابت بالعرف الصحيح غير الفاسد ـ شرعاً ـ ثابت بدليل شرعي »(٢) .

وقال شارح كتاب الأشباه والنظائر لابن نجيم : « الثابت بالعرف ثابت بدليل شرعي » وقال السرخسي في المبسوط : « الثابت بالعرف كالثابت بالنص » .

وقرر الحنيفة كما تقدم : أن العرف العام : وهو الذي اتفق عليه الناس في كل الأمصار كدخول الحمام وعقد الاستصناع يترك به القياس ، ويسمى استحسان العرف ، ويخصص به العام إذا كان ظنياً ، ولم يكن قطعياً .

والعرف الخاص : وهو السائد في بعض الأقاليم أو لدى طائفة من الناس كعرف التجار أو عرف الزراع ونحو ذلك ، لا يقف أمام النص ، ولكنه يقف أمام القياس الذي لا تكون علته ثابتة بطريق قطعي من نص أو مايشبه النص في وضوحه وجلائه(٣) .

---

(١) الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام : ص ٧٣ .

(٢) أصول الفقه للشيخ محمد أبو زهرة : ص ٢٧٣ .

(٣) المرجع السابق : ص ٢٧٤ .

وعقد الإمام عز الدين بن عبد السلام في كتابه قواعد الإحكام(١) فصلاً بعنوان : فصل في تنزيل دلالة العادات وقرائن الأحوال منزلة صريح الأقوال في تخصيص العموم ، وتقييد المطلق وغيرهما ، وله أمثلة ، منها :

ـ التوكيل في البيع المطلق : فإنه يتقيد بثمن المثل وغالب نقد بلد البيع ، تنزيلاً للغلبة منزلة صريح الفظ .

ـ حمل الإذن في النكاح على الكفء ومهر المثل ، وهو المتبادر إلى الأفهام .

ـ إذا باع ثمرة قد بدا صلاحها ، فإنه يجب إبقاؤها إلى أوان جذاذها ، والتمكين من سقيها بمائها ، لأن هذين مشروطان بالعرف ، فصارا كما لو شرطاهما بلفظه .

ـ حمل الودائع والأمانات على حرز المثل ، فلا تحفظ الجواهر والذهب والفضة بأحراز الثياب والأحطاب ، تنزيلاً للعرف منزلة تصريحه بحفظها في حرز مثلها .

ـ حمل الصناعات على صناعة المثل في حملها .

ـ وذكر السيوطي(٢) فصلاً في تعارض العرف مع الشرع ، وهو نوعان :

أحدهما : أن لا يعلق بالشرع حكم : فيقدم عليه عرف الاستعمال ، فلو حلف : لا يأكل لحماً ، لم يحنث بتناول السمك ، وإن سماها الله لحماً .

---

(١) ٢/ ١٠٧ وما بعدها .

(٢) ص ٨٣ـ٨٤ .

والثاني : أن يتعلق به حكم : فيتقدم على عرف الاستعمال ، فلو حلف لايصلي ، لا يحنث إلا بذات الركوع والسجود ، أو لا يصوم ، لم يحنث بمطلق الإمساك .

وفي تعارض العرف مع اللغة ذكر وجهين في المقدّم منهما :

أحدهما : وإليه ذهب القاضي حسين : الحقيقة اللفظية تقدم عملاً بالوضع اللغوي ، والثاني : وعليه البغوي : الدلالة العرفية ، لأن العرف محكم في التصرفات ، لا سيما في الأيمان .

وقال الرافعي في الطلاق : وإن تطابق العرف والوضع اللغوي فذاك ، وإن اختلفا فكلام الأصحاب يميل إلى الوضع . والإمام(إمام الحرمين) والغزالي يريان اعتبار العرف .

ـ كانت عادتهم بالمدينة : أن الرجل لايدخل بامرأته حتى تقبض جميع صداقها ، واليوم عادتهم على خلاف ذلك ، فالقول قول المرأة مع يمينها ، لأجل اختلاف العوائد(١) ، وأما اليوم فتسجل عقود الزواج وحقوق المرأة في سجلات المحاكم الشرعية .

ـ صبغ الثوب المغصوب بالأسود : كان أبوحنيفة يرى أن السواد نقصان ، وقال الصاحبان : السواد زيادة . جاء في الفتاوى الهندية(٢) : والصحيح أنه لاخلاف بينهم في الحقيقة ، لأن جواب أبي حنيفة رحمه الله تعالى خرج في وقت كان الصبغ بالأسود نقصاناً ، أو عيباً في الثوب ، وجوابهما خرج في وقت كان الصبغ بالأسود زيادة في الثوب ، فوجب مراعاة العرف والعادة في المصبوغ .

---

(١) الإحكام للقرافي : ص ٢٣١ـ٢٣٤ .

(٢) ٥/ ١٢٧ .

- عرف الزرع ونحو ذلك : لايقف أمام النص ، ولكنه يقف أمام القياس الذي لاتكون علته ثابتة بطريق قطعي من نص أو ما يشبه النص في وضوحه وجلائه(١) .

- أخذ أجرة الحضانة : سئل ابن العطار عن عقد الحاضنة ، أماً كانت أو غيرها على محضونها الصغير ، عقد إجارة؟ فأجاب بأنها جائزة ولاتنفسخ ، إلا أن يزاد للصبي في أجرته ، فتقبل له الزيادة ، ويفسخ عقد الأم ، إلا أن يتزايد(٢) .

- تسليم المبيع أو الثمن : تسليم المبيع : هو أن يخلّى بين المبيع وبين المشتري ، على وجه يتمكن المشتري من قبضه بغير حائل ، وكذا التسليم في جانب المشتري ، وهذا عمل بالعرف ، وأجمعوا على أن التخلية في البيع الجائز تكون قبضاً ، وفي البيع الفاسد روايتان ، والصحيح أنها تقبض(٣) .

- ما ينذر للأولياء والأموات : أجاب ابن عرفة : ينظر إلى قصد المتصدق ، فإن قصد الفقراء الذين يكونون عنده ، فليدفع ذلك إليهم . وإن لم يكن له قصد ، فلينظر عادة ذلك الموضع في قصدهم الصدقة على ذلك الشيخ(٤) .

الضابط الخامس : دفع المفاسد ودرء المضار :

حرصت الشريعة على ضرورة تجنب المحرّمات والمضار والمفاسد بالواجبات ، وعلى منع المنهيات قبل تحقيق المأمورات ، لأن ضرر

---

(١) أصول الفقه للأستاذ الشيخ محمد أبو زهرة : ص ٢٧٤ .

(٢) المعيار المعرب٨/ ٢٦ .

(٣) الفتاوى الهندية٣/ ١٥ .

(٤) المعيار المعرب ٩/ ١٨٩ .

المفسدة كالوباء والحريق ، قال النبي ﷺ : « ما نهيتكم عنه فاجتنبوه ، وما أمرتكم به فأتوا منه ما استطعتم »[1] ، والقاعدة الشرعية تقول : « درء المفاسد أولى من جلب المنافع » (المجلة٣٠) أو من جلب المصالح ، فيحجر على الطبيب الجاهل ، والمفتي الماجن ، والمُكَاري المفلس . ويمنع الاحتكار مطلقاً في الأقوات وغيرها ، منعاً من المضرة .

ويحرم الاتجار بالخمور والمخدرات ، ولو تحقق ببيعها الربح المادي .

ويمنع الضرر بالجيران كاتخاذ المعاصر والأفران التي تؤذي بدخانها أوروائحتها .

وتسد النافذة المطلة على مقر نساء الجار ، ولو وجد فيها منفعة ، ولا يطالب الجار بأن يبني ساتراً في ملكه يمنع الإشراف .

ـ ولا يجوز إحداث رحى (طاحون) في دار إذا أضرت بالجار . ولا يجوز إحداث إصطبل إذا أضر بالجار ، ولا يجوز لصاحب البيت إحداث باب لغرفة يطل منه على بيت جاره لحديث(لاضرر ولاضرار) . وتسدّ الكُوَّة المشرفة على موضع النساء ، بلا فرق بين الطريق الفاصل وغيره ، ولا بين القديم والحديث ، لأن« الضرر لايكون قديماً » . ولا يجوز الصعود في صومعة المسجد التي تشرف على الجيران .

وعلى صاحب الخربة أن يدفع الزبل الذي في خربته الذي أضر بجاره . ولا يجوز لأحد أن يحدث في طريق المسلمين مايضر بهم في ممرهم وتصرفهم . وعليهم حرج ومشقة ، وينهى عنه أشد النهي .

---

(١) رواه البخاري ومسلم عن أبي هريرة رضي الله عنه .

والبيع في مرض الموت للوارث لا يجوز عند أبي حنيفة إلا برضا الورثة ، وإن كان بمثل القيمة(١) .

ويجب على من بسط الله يده من حكام المسلمين زجره عن ذلك ، للحديث المتقدم « لا ضرر ولا ضرار » فإن لم ينته ، عاقبه عقوبة يرجع بها عن فعله ، ولا يسامح بمثل هذا ، لأنه يؤدي إلى تسامح الناس فيه ، ومن لاقائم له ، فالحاكم هو النائب عن المسلمين فيه .

ويجوز للجار قطع ما أضّر بأرضه من امتداد شجر الجار عليها ، وأحسن الأقوال في حد الجوار : أنه من سمع الإقامة في المسجد(٢) .

ـ فسخ الإجارة لأجل الدين : قال الحنيفة : متى تحقق القاضي عجز العاقد عن المضي في موجب العقد إلا بضرر يلحقه ، وهو لم يرض به ، يكون عذراً تفسخ به الإجارة دفعاً للضرر ، وإذا أراد القاضي فسخ الإجارة لأجل الدين ، اختلفوا فيه ، فقال بعضهم : يبيع الدار ، فينفذ بيعه ، فتفسخ الإجارة ، وقال بعضهم : تفسخ الإجارة أولاً ثم يبيع ، هذا إذا كان الدين ظاهراً ، فإن لم يكن ، ولكن صاحب الدار أقر بالدين على نفسه ، وكذبه المستأجر ، قال أبو حنيفة : يصح الإقرار ، ويفسخ الإجارة بينهما بإقراره بالدين ، وقال صاحباه : لا يصح إقراره(٣) .

ـ إعارة الأرض : استعار زيد من زوجته(أو غيرها) أرضاً

---

(١) تنقيح الفتاوى الحامدية ٢/ ٢٩١ـ٢٩٢ ، ٣١٦ ، المعيار المعرب ٨/ ٤٥٠ ، ٩/ ٢٣ ، ٣٦ ، ٣٧ ، ٤٨ .

(٢) المعيار المعرب ٨/ ٤٤٨ ، ٩/ ٢٣ ، ٤٧ ، ٤٨ ، ٣٩٤ .

(٣) تنقيح الفتاوى الحامدية ٢/ ١٠٣ .

ليزرعها ، فزرعها حنطة بعدما حرثها ، وأذنت له بزرعها ، لم تؤخذ منه قبل أن يحصد الزرع وقتها(١) .

- البيع في مرض الموت للوارث : لايجوز عند أبي حنيفة إلا برضا الورثة ، وإن كان بمثل القيمة(٢) . .

- يجوز بيع الوصي وشراؤه بالغبن اليسير ، ولا يجوز بالفاحش ، لأن ولايته نظرية(٣) .

ولا يجوز بيع دار اليتيم بالغبن الفاحش ، وبطل بالوجه الشرعي ، وردّ بعد سنتين إلى اليتيم بعد بلوغه أو قبل ذلك .(٤) .

ولا يملك الوصي بيع العقار بلا مسوغ شرعي ، وهو بيع باطل لا فاسد(٥) .

- ليس للوصي أن يسافر بمال اليتيم إذا كان الطريق مخوفاً ، فلو سافر به حينئذ يضمن المال إذا هلك ، قال الإمام الإسبيجابي : لكل من الأب والجد والقاضي وأوصيائهم أن يسافروا بأموال اليتامى إذا كان الطريق آمناً ، فإذا أصيبوا في الطريق ، فلا ضمان عليهم ، ولهم أن يتجروا في أموالهم بالمعروف ، على أن يبيعوا بمثل القيمة ، فإن كان البيع بغبن فاحش تبطل عقودهم ، ولا تتوقف على الإجازة بعد البلوغ ، لأنه لا مجيز له حالة العقد ، ولا ينعقد حتى يتوقف ، وكذلك

---

(١) المرجع السابق٢/ ٨٩ .

(٢) نفسه٢/ ٣١٦ .

(٣) نفسه٢/ ٣٢٣ .

(٤) الفتاوى الخيرية بهامش الفتاوى الحامدية٢/ ٣٣٦ .

(٥) تنقيح الفتاوى الحامدية٢/ ٣٢٣ .

شراؤهم ، لكن إذا كان بغبن فاحش ، فإنه ينفذ على أنفسهم ، لصدوره عن أهل في محله ، فلا يبطل كالبيع(١) .

ـ ولا يجوز للجار اتخاذ الحمَام والنحل وأمثالهما مما يؤذي الأبرجة في مسارحها عند الماء وغيره ، للحديث المتقدم : « لا ضرر ولا ضرار »(٢) .

ـ ولا يجوز اتخاذ مطاحين يؤذي دويّها الجيران(٣) .

وقال العز بن عبد السلام(٤) : إذا اجتمعت مصالح ومفاسد ، فإن أمكن تحصيل المصالح ودرء المفاسد(أي معاً) فعلنا ذلك ، امتثالاً لأمر الله تعالى فيهما في قوله سبحانه :

﴿ فَٱتَّقُواْ ٱللَّهَ مَا ٱسْتَطَعْتُمْ ﴾ [التغابن : ١٦] .

وإن تعذر الدرء والتحصيل ، فإن كانت المفسدة أعظم من المصلحة درأنا المفسدة ، ولا نبالي بفوات المصلحة ، قال الله تعالى :

﴿ ۞ يَسْـَٔلُونَكَ عَنِ ٱلْخَمْرِ وَٱلْمَيْسِرِ ۖ قُلْ فِيهِمَآ إِثْمٌ كَبِيرٌ وَمَنَٰفِعُ لِلنَّاسِ وَإِثْمُهُمَآ أَكْبَرُ مِن نَّفْعِهِمَا ۗ ﴾ [البقرة : ٢١٩] .

ثم ذكر العز (٦٣) مثالاً لأحوال مراعاة الأمرين وترجيح المصلحة الراجحة ، منها : الحجر على المفلس مفسدة في حقه ، لكنه ثبت تقديماً لمصلحة الغرماء على مفسدة الحجر ، وإن شئت قلت : تقديماً لمصلحة غرمائه على مصلحته في الإطلاق ، بخلاف الإنفاق عليه وعلى أهله إلى يوم قضاء الدَين ، فإن مصلحته بالكسوة والإنفاق ، ومصلحة

---

(١) تنقيح الفتاوى الحامدية٢/ ٣٣٧ .

(٢) المعيار المعرب٩/ ٤٣ .

(٣) المرجع السابق٩/ ٥٩ .

(٤) قواعد الأحكام١/ ٨٣ـ١٠٤ .

من يلزمه : مصلحة مقدمة على مصالح غرمائه . ومثال ما رجحت مفسدته على مصلحته : قطع اليد المتأكلة ، حفظاً للروح إذا كان الغالب السلامة بقطعها ، وأما ما تكافأت فيه المصلحة والمفسدة ، فقد يتخير فيه ، وقد يمتنع .

الضابط السادس ـ مراعاة فساد الزمان :

أي مراعاة أحوال اختلاف الزمان وفساد الأخلاق ، بمالا يتصادم مع أصول الشرع ومبادئه وأحكامه ، وهي أحكام القياس والمصلحة المرسلة ، حيث يقاس الحادث الجديد على مسألة مختلفة عن مسألة شائعة سابقاً ، أو تقتضي المصلحة العمل باتجاه معين مغاير لمقتضى مصلحةٍ كانت تنسجم مع الماضي . وقد ذكرت في قاعدة تغير الأحكام بتغير الأزمان أمثلة هذا الضابط .

الضابط السابع ـ مراعاة أحوال التطور :

أي تجدد الأوضاع التنظيمية التي تحقق المقصود من الحكم الشرعي الذي قرره الفقهاء في الماضي ، كأنظمة السجل العقاري المحقق للقبض والاكتفاء بذكر رقم المحضر في البيع ، بدلاً من ذكر حدوده الأربعة . وقد سبق بيان ذلك في قاعدة تغير الأحكام .

الضابط الثامن ـ التزام ميزان العدالة :

الفتوى والقضاء والتحكيم تعتمد كلها على مبدأ العدالة في فصل المنازعات ، وإحقاق الحقوق ، وإنصاف المظلوم ، وإبطال الباطل . فبالعدل تدوم الدول ، وتستقر أوضاع المجتمع .

وذلك يتطلب فهم المسألة ، والبعد عن الميل إلى أحد الخصمين ، وتجنب التورط بالرشاوى ، والهدايا ، وتقديم الخدمات ، ومن تطبيقات ذلك : مراعاة ظروف وأحوال التضخم النقدي بقدر الإمكان في إيفاء الديون والالتزامات ، والأخذ بفتوى الإمام أبي يوسف في وفاء القرض بسعر النقود يوم القبض السابق . ومن الأمثلة : من تسلّف من الوديعة ، ثم سرق من باقيها ، يضمن ما تسلف منها فقط . والذي يستعير العارية ، ثم يتطوع بعد أخذها أنه ضامن لها ، فيلزمه ضمانها ، والوديع والمستعير فيما لا يُغاب عليه (لايمكن إخفاؤه) كالحيوان ، والسمسار : أمناء لا يضمنون إلا بالتعدي أو التقصير(١) .

الضابط التاسع ـ إحقاق الحق :

العدالة تكون حال الفصل في المنازعة بين خصمين ، وأما إحقاق الحق فهو أعم من ذلك ، فقد لاتكون هنالك منازعة بين الخصوم ، وإنما الأمر يقتضي إرساء معالم الحق وإبطال الباطل بين الناس ، ولو لم يكن هنالك خصومة أو ادعاء ، مثل رد المظالم الذي قام به الخليفة العادل عمر بن العزيز رحمه الله تعالى ، إحقاقاً للحق ، ودفع الظلم . ومثل القضاء ببقاء الحق لصاحبه ولو طال الزمان ، لأن التقادم(وضع اليد على مال مملوك لغيره مدة طويلة) لا يثبت الملك ولا يزيله ، لأن الإسلام لايقر التقادم المكسب على أنه سبب لكسب الملكية ، وإنما هو مجرد مانع للقاضي ـ لا المفتي ـ من سماع الدعوى بالحق الذي مضى عليه زمن معين ، وهو كما ذكرت المجلة (م١٦٦١ـ١٦٦٢) في

---

(١) المعيار المعرب ٩/ ٩٢ ، ١٠٧ ، ١١١ ، ١٢١ .

الحقوق الخاصة ١٥سنة ، وفي الأراضي الأميرية ١٠ سنوات ، وفي الأوقاف وأموال بيت المال ٣٦ سنة(١) ، توفيراً لوقت القضاة ، وتجنباً لما يثار من مشكلات الإثبات ، وللشك في أصل الحق .

أما أصل الحق : فيجب الاعتراف به لصاحبه وإبقاؤه له ديانة أو إفتاء ، فمن وضع يده على مال مملوك لا يملكه شرعاً . كذلك لا يقر الإسلام التقادم المسقط للحق بترك المطالبة به مدة طويلة ، فاكتساب الحقوق وسقوطها بالتقادم حكم ينافي العدالة والحق ، ويصير واضع اليد (الغاصب أو السارق) مالكاً في عرف القضاء ، لا في الديانة .

لكن الإمام مالك في المدونة خلافاً لمعظم أصحابه يرى إسقاط الملكية بالحيازة ، كما يرى تملك الشيء بالحيازة ، ولكنه لم يحدد مدة للحيازة ، وترك تحديدها للحاكم ، ويمكن تحديدها ، عملاً بحديث مرسل رواه سعيد بن المسيّب مرفوعاً إلى النبي ﷺ عن زيد بن أسلم وهو : « من حاز شيئاً على خصمه عشر سنين ، فهو أحق به منه(٢) .

---

(١) وجاء في تنقيح الفتاوى الحامدية ٢/ ٨ : لا تسمع دعوى الوقف بعد مضي ثلاث وثلاثين سنة ، ولا تسمع دعوى القضاء بعد عشرين سنة ، ولا تسمع دعوى قريب الواقف أنه مالك لدار موقوفة بالإرث بعد مضي خمس عشرة سنة ، وهو يعلم بالوقف ، وهما في بلدة واحدة .

(٢) بحث الحيازة والتقادم في الفقه الإسلامي للدكتور محمد عبد الجواد : ص ١٨ ، ٥٠ وما بعدها ، ٦٠ ، ١٠٨ ، ١٥٠ ، المدونة لمالك ٣١/ ٤٣ ، تبصره الحكام على هامش فتح العلي المالك ٢/ ٣٦٢ وما بعدها ، ٢/ ٣١٤ ، ط دار الفكر - بيروت .

الضابط العاشر ـ منع النزاع والخصام :

تتفق مهمة القاضي والمفتي في إنهاء المنازعة وتسوية الخصومة ، وتحقيق الاستقرار ، والطمأنينة فيما بين الناس في معاملاتهم ورعاية حقوقهم . وهذا هو الهدف الأساسي أو مقصد الشريعة العام في تشريع المعاملات(العقود والتصرفات) واشتراط شرائط معينة ، والحكم بصحة العقد أو بطلانه أو فساده ، مما أدى إلى ظهور طائفة من البيوع المنهي عنها . ومن هذه الضوابط والشروط : اشتراط القبض في التبرعات ، ومنع بيع الشيء قبل القبض ، ومنع الغرر والجهالة ، تحقيقاً لاستقرار التعامل ، وتحريم الربا بسبب الاستغلال وظلم أحد الطرفين العاقدين للآخر .

وعلى المفتي مراعاة ذلك كله في اجتهاده أو فتواه .

التزام النصوص :

وكما يلتزم المفتي بالضوابط السابقة ، يلتزم قبل كل شيء بالحكم بما تدل عليه النصوص الشرعية بحسب دلالتها مباشرة أو بحسب ظواهرها العامة ، أي بنصها أو ظاهرها ، فإن أول ما يجب البحث فيه عن حكم المسألة هو في النصوص من كتاب أو سنة ، كما كان يفعل الصحابة الكرام في اجتهادهم بعد النبي صلى الله عليه وآله وسلم .

ومن أمثلة الفتاوى أو النوازل في هذا ما يأتي :

ـ تمليك الدين ممن ليس عليه الدين باطل إلا في ثلاث : حوالة ، ووصية ، وإذا سلطه ، أي سلّط المملّك غير المديون على قبضه ، أي

قبض الدين(١) . والنص الذي ينبغي مراعاته : هو ما رواه الدارقطني عن ابن عمر : أن النبي ﷺ « نهى عن بيع الكالىء بالكالىء » أي الدين بالدين . وعلى هذا ، لا تصح هبة الدين من غير من عليه الدين ، إلا إذا وهب ، وأذن له بالقبض ، فقبضه ، جاز ، لأن تمام الهبة بالقبض(٢) .

ـ مشروعية المزارعة : المزارعة فاسدة في ظاهر الرواية ، وهو رأي أبي حنيفة ، لكن الفتوى على قول الصاحبين ، وهو أن المزارعة جائزة لحاجة الناس إليها ، وهو أيضاً قول مالك وأحمد وداود الظاهري ، لأن النبي ﷺ عامل أهل خيبر بشطر ما يخرج من ثمر أو زرع(٣) . والمزارعة عند المالكية لازمة كالإجارة(٤) .

ـ لا تصح إجازة الورثة في حياة الموصي ، وإنما بعد الموت تصح ولا رجوع(٥) وهذا تطبيق للحديث : « لا وصية لوارث إلا أن يجيزها الورثة »(٦) . أي بعد موته ، لأن الشخص لا يسمى وارثاً ، إلا بعد الموت . وهذا نص على أن الوصية للوارث إنما لم تجز لحق بقية الورثة ، لا لحق الشرع ، كالوصية بما زاد على الثلث للأجنبي ، لم تجز لحق الورثة ، لأن حقهم تعلق بثلثي المال في مرض موته ، بدليل أن لهم أن ينقضوا تصرفه شرعاً في ثلثي ماله ، ونقض التصرف في ملك

---

(١) تنقيح الفتاوى الحامدية ٢/ ٣١٤ .

(٢) المرجع السابق٢/ ٩٨ .

(٣) رواه الجماعة عن ابن عمر .

(٤) الدر المختار ٥/ ٢٧٨ ، الفتاوى الهندية ٥/ ٢٤٥ـ٢٥٢ ، المعيار المعرب ٨/ ١٤٣ .

(٥) تنقيح الحامدية المرجع السابق ٢/ ٣١٢ـ٣١٤ .

(٦) رواه الدارقطني عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده .

الغير يدل على تعليق الحق لهم به ، ولا تصح إجازتهم في حياة الموصى ، وتصح بعد موته ، وليس لهم أن يرجعوا بعد الإجازة ، وإن لم يقبض الموصى له وصيته ، لأن الوصية قبل موت الموصى غير لازمة ، لأنها تمليك مضاف إلى ما بعد الموت ، فبالإجازة لا تصير لازمة منبرمة ، فيجب أن تكون الإجازة بمثابتها غير لازمة ، يمكن للورثة الرجوع عنها . فلو أوصى زيد بجميع ماله لعمرو(أجنبي غير وارث) ثم مات عن تركة وورثة لم يجيزوا الوصية ، وقبل عمرو الوصية ، تنفذ الوصية في ثلث ماله ، بعد إخراج ما يجب إخراجه شرعاً .

واختار الونشريسي للمزكي أن يفضل قرابته ، ويوسع عليهم ، وهو الذي تقتضيه الأحاديث ، ولا يقتطع الدين الذي على الفقراء في الزكاة لمنافاته نص آية مصارفِ الزكاة المقتضي للتمليك⁽¹⁾ .

ـ من أجر نفسه للقراءة على المقابر بأجر معلوم ، ليقرأ في كل يوم وليلة جزءاً من القرآن ، أجاب ابن المكوي المالكي بأن هذه بدعة ، وهي مكروهة ، وليست بحرام⁽²⁾ ، لأن القربات الدينية : الأصل الشرعي فيها ألا تقبل النيابة ، وهي مقصورة الثواب على فاعلها .

ـ للصديق أن يأكل من مال صديقه بغير إذنه ، يجوز له ذلك إن علم بطيب نفسه⁽³⁾ ، لقوله تعالى في رفع الحرج عن الأكل :
﴿أَوْ صَدِيقِكُمْ﴾ [النور : ٦١].

ـ من تصدق بجميع أملاكه على غيره ، فقام قائم من جهته يدعي

---

(١) المعيار١/ ٣٧١ ، ٣٨٩ .

(٢) المعيار ٨/ ٢٦٠ .

(٣) المرجع السابق٩/ ١٨٥ .

عليه السفه ، وأنه كان مختل العقل ، تكون صدقته نافذة إذا قبضها أو حازها المتصدق عليه⁽¹⁾ .

ـ من أوصى عند الموت أن يدفع ماله لزوجته ، وكان له ورثة كابنه ، قال ابن أبي زيد القيرواني : إن أراد أن تستأثر بذلك الزوجة ، فلا يجوز ، وهو ميراث ، وإن ادعت الزوجة أنه دين لها عليه ، فعليها البينة⁽²⁾ ، بأن الموصي تصرف بما يلحق ضرراً بالورثة ، والإضرار بالورثة من الكبائر ، لقوله تعالى : ﴿ مِنۢ بَعۡدِ وَصِيَّةٖ يُوصَىٰ بِهَآ أَوۡ دَيۡنٍ غَيۡرَ مُضَآرّٖ ﴾ [النساء : ١٢] .

ـ الوصية بمعصية : من أوصى أن يجعل بين أكفانه شيء من القرآن ، قال ابن يزادة الله : لا أرى تنفيذ وصيته ، وتجل أسماء الله عن الصديد والنجاسة ، و ينبش القبر لإخراج ذلك⁽³⁾ .

وكذلك لو أوصى أن تدفن معه نسخة من كتاب الله أو نسخة من صحيح البخاري ، قال العقباني : لا تنفذ وصيته⁽⁴⁾ ، أي لأنه يجب تعظيم القرآن والحديث .

ـ أمانة الحاكم والموظف : قال ابن زرب : من ولي من أمانات المسلمين شيئاً فهو موكول إلى أمانته بظاهر القرآن ودلائل السنة . ولا يضمن الأوصياء في بلدنا قط شيئاً ، وإن فرطوا⁽⁵⁾ .

ـ لو أوصى زيد بجميع ماله لعمرو(أجنبي غير وارث) ثم مات عن

---

(١) المعيار ٩/ ١٦٦ .

(٢) المرجع نفسه٩/ ٣٨٦ .

(٣) المرجع نفسه٩/ ٣٩٤ .

(٤) المرجع نفسه ٩/ ٣٩٦ .

(٥) المرجع نفسه ٩/ ٣٨٤ .

تركة وورثة لم يجيزوا الوصية ، وقبل عمرو الوصية ، تنفذ الوصية في ثلث ماله بعد إخراج ما يجب إخراجه شرعاً ، لأن المسموح به شرعاً هو الإيصاء بالثلث ، في الحديث المتفق عليه عن ابن عباس : « الثلث والثلث كثير » وحديث الجماعة عن سعد ابن أبي وقاص : « الثلث والثلث كثير أو كبير » . .

ـ إرث المال الحرام : سئل أبو محمد المالكي عمن هلك وترك مالاً حراماً ، هل يورث عنه ويطيب أم لا؟ فأجاب :

اختلف السلف فيه ، فأجاز وراثته ابن شهاب الزهري والحسن البصري والقاسم بن محمد وغيره . وفرق مالك وأصحابه بين أن يكون حراماً من جهة الغصب ، فيرد إلى أهله إن عرفوا ، وإن لم يعرفوا فينبغي للورثة التمسك برأس المال إن عرفوه ، والتصدق بما بقي . وإن لم يعرفوا تصدق بجميعه ، يؤمرون ولا يجبرون ، وأهل الورع لا يرضون التمسك به ولايشترى الزرع من غاصب الأرض ، والزرع لرب الأرض نصاً⁽¹⁾ .

ـ مناقشة الشهود : لا يستفسر الشهود العدول عن شهادتهم إلا في الزنا والحدود ، لما ورد : أن الحدود تدرأ بالشبهات⁽²⁾ .

هذه نماذج وأمثلة من الفتاوى ، وهذه ضوابط وخصائص فتاوى النوازل ، وبيان سبل الاستفادة منها ، بحيث يسهم ذلك في تجديد حيوية الفقه ، للاستفادة من ذلك في التطبيقات المعاصرة .

والله ولي التوفيق

---

(١) المعيار المعرب ٩/ ٥٤٥، ٥٥٠ .

(٢) المرجع السابق٩/ ٤١٦ .

المحتوى

تقديم ٥
المراد بالنوازل والواقعات أو العمليات ٩
الفرق بين الإفتاء والقضاء ١١
الفرق بين الاجتهاد والإفتاء ١٣
آراء العلماء في ضرورة مراعاة البيئة والمصالح ونحوها ١٥
الثوابت والمتغيرات في الفقه أو الشريعة ١٩
أمثلة التطورات ٢٧
مايلزم المفتي مراعاته أو شروط الإفتاء ٢٩
ضوابط الفتوى بالنوازل والعمل الفقهي ٣١
  الضابط الأول ـ مراعاة الضرورة أو الحاجة ٣١
  الضابط الثاني ـ رعاية المصلحة ٤٤
  الضابط الثالث ـ الاستحسان ٤٧
  الضابط الرابع ـ مراعاة الأعراف والعادات ٤٨
  الضابط الخامس ـ دفع المفاسد ودرء المضار ٥٥
  الضابط السادس ـ مراعاة فساد الزمان ٦٠
  الضابط السابع ـ مراعاة أحوال التطور ٦٠
  الضابط الثامن ـ التزام ميزان العدالة ٦٠

الضابط التاسع ـ احقاق الحق ٦١
الضابط العاشر ـ منع النزاع والخصام ٦٣
التزام النصوص ٦٣
المحتوى ٦٩

* * *

سبيل الاستفادة من النوازل والفتاوى والعمل الفقهي في التطبيقات المعاصرة

التجديد والاجتهاد أمران ضروريان في المسائل المستجدة أو الطارئة ، والأصل في الاجتهاد مراعاة مادلت عليه مصادر التشريع الإسلامي ، والاهتداء بقواعد الفقه الكلية .

لكنّ هناك مستنداً يصلح الاعتماد عليه أيضاً في الاجتهاد والإقتداء : وهو الواقعات أو النوازل والعمل الفقهي والفتاوى الصادرة من المتقدمين في مسائل مشابهة أو مقاربة ، وهذا حقل خصب ومعين لاينضب في الساحة الفقهية ، في سجل أو مصنفات تلك النوازل في ظروف ماضية .

ويحتاج الأمر بالإضافة لتصفح تلك النوازل وضع ضوابط معينة يهتدي بها الاستئناس بالمعروضات التي كانت تعرض على كبار المفتين ، كمعروضات العلامة أبي السعود وغيره من الفقهاء ولاسيما المالكية ، وهي المعروفة بالفتاوى الصادرة في كل عصر .

هذه الضوابط تجدها في هذا الكتاب دون غيره .

وحينئذ تجد الجواب الشافي للرد على من يحاولون تعطيل النصوص الشرعية ، من خلال بيان الثوابت والمتغيرات في الفقه .

دار المكتبي
للطباعة والنشر والتوزيع

سورية ـ دمشق ـ حلبوني ـ جادة ابن سينا
ص.ب ٣١٤٢٦ ـ هاتف ٢٢٤٨٤٣٣ ـ فاكس ٢٢٤٨٤٣٢